

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS

CIÊNCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO

LUCIANO FERNANDES MOTTA

TIPICIDADE PENAL AUTOPOIÉTICA

São Leopoldo

2008

Luciano Fernandes Motta

Tipicidade Penal Autopoiética

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Orientador : Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo

2008

M921t Motta, Luciano Fernandes
Tipicidade Penal Autopoiética / por Luciano Fernandes
Motta. -- 2008.
272 f. ; 30cm.

Tese (doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos,
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008.

“Orientação: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, Ciências
Jurídicas”.

1. Direito penal. 2. Direito - Teoria autopoiética. 3. Direito
penal - Tipicidade autopoiética. 4. Tipo penal - Fechado -
Autopoiético. I. Título.

CDU 343

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

LISTA DE FIGURAS

A tese intitulada “**TIPICIDADE PENAL AUTOPOIÉTICA**” elaborada pelo aluno **Luciano Fernandes Motta**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

FIGURA 2 – Dedicatória

São Leopoldo, 25 de agosto de 2008.

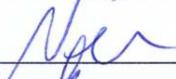


Prof. Dr. Jose Luis Botzan de Moraes,
Coordenador

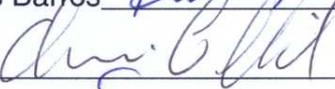
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

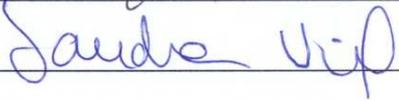
Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha _____ 

Membro: Dr. Nereu José Giacomolli _____ 

Membro: Dra. Flaviane de Magalhães Barros _____ 

Membro: Dr. André Luís Callegari _____ 

Membro: Dra. Sandra Regina Martini Vial _____ 

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – Graus de autonomia jurídica.....44

FIGURA 2 - Desparadoxização70

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa, Ana Cristina, devotada companheira e magnífica mãe e aos nossos filhos, Leonardo e Julia, coroamento de nossa união.

AGRADECIMENTOS

Ao concluir esta Tese, quero agradecer em especial ao professor doutor Leonel Severo Rocha, pelo empenho na direção e incentivo para a presente Tese. Sem ele, seguramente, não teria chegado ao resultado aqui apresentado, já que esteve sempre presente tanto na indicação de bibliografia, quanto para o seu salutar desenvolvimento teórico.

Igualmente, agradeço aos professores doutores André Luís Callegari e José Luis Bolzan de Moraes, pelo incentivo para a conclusão desta Tese.

RESUMO

A presente Tese realiza uma análise acerca do tipo penal em suas diversas vertentes, com as contribuições teóricas fornecidas pela perspectiva sistemista de Niklas Luhmann. O objetivo é demonstrar que é possível observar as comunicações referentes à formação jurídico-dogmática da tipicidade penal desde a idéia de tipo penal fechado até a construção do tipo penal autopoiético. Com isso, permite-se abstrair a efetividade da norma penal incriminadora, além das limitações impostas pela dogmática jurídica. Para tanto, desenvolve-se uma descrição do estado da arte das principais teorias penalistas ligadas à configuração do tipo penal, iniciando pela doutrina causal/finalista, passando pelas novas questões jusfilosóficas ligadas ao funcionalismo (imputação objetiva), ponderando suas linhas constituintes e delimitando a pertinência de seus opositores. A dinâmica materializada pelo enfrentamento dessas distintas posturas provoca o desenvolvimento de uma nova semântica da concretização do tipo penal, apresentando-se como tipicidade autopoiética.

Palavras-chave: sistemismo; funcionalismo; sociedade; risco; subsistema parcial do Direito Penal, imputação objetiva; tipo penal fechado; tipo penal autopoiético; tipicidade penal autopoiética.

ABSTRACT

This argument holds an analysis about the criminal type in its various aspects, with the theoretical contribution provided by the systemic perspective of Niklas Luhmann. The goal is to demonstrate that it is possible to observe the communications concerning the legal-dogmatic formation of a penal typicality since the idea of a closed criminal type until the construction of the autopoietic criminal type. This allows a disregard of the effectiveness of the incriminating penal norm, beyond the limitations imposed by legal dogmatic. Therefore, a description of the artistic state of the primary penal theories connected to the configuration of the penal type must be created, starting from the causal/finalist doctrine, moving thru the new juridical/philosophical questioning linked to the functionalism (objective imputation), analyzing its constituting aspects and marking down the pertinence of it's opposition. The dynamic materialized by the confronting of these two different postures, instigates the creation of a new semantic for the realization of the penal type, appearing as the autopoietic typicality.

Key words: systemic; functionalism; society; risk; subsystem part of criminal law, charging objective; type criminal closed; type criminal autopoietic; typical criminal autopoietic.

RESUMEN

La presente tesis realiza un análisis acerca del tipo penal en sus diversas vertientes con las contribuciones teóricas proveídas por la perspectiva sistemista de Niklas Luhmann. El objetivo es demostrar que es posible observar las comunicaciones referentes a la formación jurídica dogmática de la tipicidad penal desde la idea del tipo penal cerrado hasta la construcción del tipo penal autopoyético. Con eso, se permite abstraer la efectividad de la norma penal incriminatória, además de las limitaciones impuestas por la dogmática jurídica. Para tanto, se desarrolla una descripción del estado del arte de las principales teorías penalistas ligadas a la configuración del tipo penal, iniciando por la doctrina casual/finalista, pasando por las nuevas cuestiones jurídico filosóficas ligadas al funcionalismo (imputación objetiva), ponderando sus líneas constituyentes y delimitando la pertinencia de sus opositores. La dinámica materializada por el enfrentamiento de estas distintas posturas, provoca el desarrollo de una nueva semántica de la concretización del tipo penal, presentándose como tipicidad autopoyética.

Palabras chave: sistemismo; funcionalismo; sociedad; riesgo; subsistema parcial del derecho penal, imputación objetiva, el tipo penal cerrado; tipo penal autopoyético; tipicidad penal autopoyética.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TEORIA GERAL DOS SISTEMAS	21
2.1 TEORIA GERAL DOS SISTEMAS: A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA	21
2.2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA TEORIA GERAL DOS SISTEMAS	24
2.3 SISTEMISMO LUHMANNIANO.....	30
2.3.1 <i>Sociedade e diferenciação funcional</i>	46
2.3.2 <i>Subsistema jurídico: da norma à expectativa</i>	51
2.3.3 <i>Codificação e programação do subsistema jurídico</i>	64
2.4 A LITIGIOSIDADE SEMÂNTICA NA CONSTRUÇÃO DA FORMA SOCIAL	74
2.4.1 <i>A forma do risco</i>	86
3 A FORMA E (RE)FORMA DO TIPO PENAL	92
3.1 ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICO-PENAL	96
3.1.1 <i>O classicismo penal de Francesco Carrara</i>	96
3.1.2 <i>Evolução do tipo penal</i>	101
3.1.2.1 O tipo objetivo e não-valorativo de Ernst von Beling	106
3.1.2.2 O tipo sistemático como tipo do injusto (tipo indiciário) de Max Ernst Mayer.....	116
3.1.2.3 O tipo essência de Edmund Mezger	122
3.1.2.4 O tipo finalista de Hans Welzel	128
3.2 TIPO E TIPICIDADE FRENTE À SOCIEDADE DE RISCO	138
3.3 TIPO PENAL E SUAS VARIANTES NA DOUTRINA TRADICIONAL.....	153
3.3.1 <i>Tipo penal fechado</i>	157
3.3.2 <i>Tipo penal aberto</i>	161
3.3.3 <i>Norma penal em branco</i>	166
3.4 CRÍTICAS À DOGMÁTICA TRADICIONAL	175
4 A TIPICIDADE AUTOPOIÉTICA: PARA ALÉM DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA ..	184
4.1 O SISTEMA PENAL ABERTO AUTOPOIÉTICO	192
4.2 TIPO PENAL E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	199
4.2.1 <i>A proposta teórica de Claus Roxin</i>	202
4.2.2 <i>A proposta teórica de Günther Jakobs</i>	207
4.3 O DISCURSO DE RESISTÊNCIA – O DIREITO PENAL SIMBÓLICO	215
4.3.1 <i>A formulação de Winfried Hassemer e o Direito de Intervenção</i>	222

4.3.2 A formulação de Jesús-María Silva Sánchez e o Direito Penal de duas velocidades	226
4.4 DEFICIÊNCIAS DAS TEORIAS APRESENTADAS FRENTE À COMPLEXIDADE SOCIAL	229
4.5 O TIPO PENAL E O RISCO SOCIAL: TIPICIDADE AUTOPOIÉTICA.....	236
5 CONCLUSÃO	242
REFERÊNCIAS.....	252

1 INTRODUÇÃO

Notadamente, os conhecimentos da humanidade estão sendo constantemente reconstruídos em nome de uma imediata nova reconstrução de outros inéditos. Isso se dá graças às superadas características da sociedade moderna, marcada pela tecnologia e pelo risco.

Assim, os diversos subsistemas sociais (jurídico, econômico, financeiro etc.) passam por uma indefectível revisão de seus paradigmas, atendendo à crescente e irreversível hipercomplexidade social.¹

Dessa forma, a sociedade de risco representa o modelo social da incerteza, na qual a definição do risco se apresenta, ao mesmo tempo, como um elemento existente (reflexividade) e vinculador do sujeito ao seu futuro² (reflexão).

Nesse contexto, o subsistema parcial do Direito Penal, compreendido como um subsistema normativo de controle social,³ obedece a essas transformações, alterando suas formatações típicas e estendendo sua tutela para situações antes impensadas para esse modelo de regulação. Nesse sentido, as próprias formas coletivas de interação social são imprevisíveis; por isso, o tema desta Tese se insere

¹ Veja-se Leonel Severo Rocha: “A hipercomplexidade da sociedade contemporânea provocada pela internacionalização crescente das problemáticas tem redefinido profundamente as formas de regulação social, notadamente o direito. Não se pode mais refletir sobre os sentidos do Direito apenas a partir dos pressupostos da teoria do Estado normativista, pois as suas manifestações têm adquirido cada vez mais um caráter nitidamente paraestatal, notadamente com a crise do Estado social” (ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 107).

² A respeito do futuro, pronuncia-se a Raffaele de Giorgi: “Sobre o futuro, sabemos somente que não repetirá o passado. O passado não se apresenta de novo e aquilo que retorna é, de qualquer modo, diverso. Em relação ao futuro, podemos unicamente decidir, vale dizer, arriscar. Sobre o passado, sabemos que é passado e, portanto, podemos somente redescrever aquilo que já foi descrito através da comunicação social. E sobre o presente? O que sabemos dele? O presente não é, como poderia parecer, uma questão banal. Em relação a ele, não podemos decidir porque o presente não é o futuro; não podemos redescrevê-lo, pois não é passado” (GIORGI, Raffaele de. **Direito, Tempo e Memória**. Traduzido por Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 119).

³ Sobre a função do Direito Penal, escreve Garcia Amado: “La función del derecho penal se refiere, por tanto, primariamente al mantenimiento de la identidad de la sociedad, de la ‘configuración social básica’ (JAKOBS, 1997a, p. 12). El conflicto al que la norma penal responde es, así, un conflicto entre una actitud individual y la sociedad, y con la pena la sociedad defiende su persistencia frente a las consecuencias disolventes que para la misma tienen ciertos modos de proceder de los individuos” (AMADO, Juan Antonio García. **Ensayos de Filosofía Jurídica**. Bogotá: Temis, 2003. p. 243).

na linha de pesquisa “Sociedade, novos Direitos e Transnacionalização” do Doutorado da Unisinos.

No Brasil, entretanto, o Direito Penal parece alijado desse movimento global. É como se o Direito Penal de hoje fosse o de sempre, isto é, aquele do início do século XX, atrelado à matriz causal/finalista.

Essa constatação se pronuncia na proporção em que se atenta para as características do subsistema parcial do Direito Penal frente à atual sociedade do risco, ou seja, para as suas relações (comunicações) com a complexidade social e a evolução das características do próprio sistema social.

Diante desse panorama social, o desenvolvimento do conceito de tipicidade penal torna-se uma questão crucial para o adequado acompanhamento da atual hipercomplexidade social, especialmente, aquelas conectadas às questões afetas ao Direito Penal, sobretudo, a macrocriminalidade e a criminalidade organizada advinda da globalização.

Por outro lado, as evoluções dogmáticas que o subsistema parcial do Direito Penal vem sofrendo hoje em dia demonstram o empenho acadêmico que lhe é peculiar. Desse modo, a teoria da imputação objetiva, os delitos de perigo, o direito penal do inimigo, o sistema penal integral, o Direito Penal de duas velocidades, as teses sobre o bem jurídico refletem com clareza como, em passos largos e firmes, o Direito Penal vai ultrapassar as teorias causal e finalista da ação, que, até o momento, predominam no Direito Penal brasileiro.

Portanto, o fim do jusnaturalismo e a crise do positivismo perpetrado pela complexidade da sociedade de risco impulsionaram uma nova forma de pensar as modalidades penais e o Direito como um todo (paradigma funcionalista-sistêmico), ou seja, propiciaram um formato teórico de abertura cognitiva entre o Direito Penal e a respectiva sociedade complexa a ser regulada.

De nada serve, todavia, a assertiva genérica constante no discurso jurídico dominante, que postula a relação próxima e existente entre o Direito e a estrutura social. O maior problema de todo esse relacionamento turbulento coloca-se na forma como essa interação é promovida. Uma observação mais simples poderia ser capaz de outorgar ao Direito uma vida autônoma em face do universo social, absolutamente independente em sua produção e operatividade, demarcando apenas encontros e contatos esporádicos, contingentes e circunstanciais.

Outro modo de pensar seria a assunção da premissa de que a sociedade determina o Direito, isto é, este último estaria simplesmente reduzido a uma espécie de imagem refletida de um cenário já pré-constituído. Essa dificuldade de diagnóstico dos parâmetros da complicada relação é a mesma que norteia o vínculo existente entre o tipo penal incriminador e a sociedade de risco.

De todo modo, o fato é que os tipos penais incriminadores, tendo em vista o conteúdo e as fórmulas que admitem para a criminalização, têm como cenário de atuação uma sociedade específica e delimitada (complexa). Sempre que se vislumbra a proibição penal de um comportamento, busca-se esta conseqüência em determinado espaço e em certo tempo. A criminalização, ao menos nos dias atuais, não é universal, perene, vinculada a todo e qualquer modo de vida atemporal. Ao contrário, a tipificação reflete as necessidades de regulação social, que vão surgindo e, na mesma medida, submetendo-se ao crivo legislativo da instância jurídico-penal.

Por conseguinte, a sociedade de risco, nesse aspecto, cria novas necessidades de tutela penal antes desconhecidas e inimagináveis. Além disso, as próprias criações dessa mesma sociedade complexa não são passíveis de diagnósticos precisos, o que importa na dificuldade de se encontrar a forma adequada e precisa de criminalização. Inicialmente, como conseqüência, há um sério processo de desconfiança da capacidade do subsistema de *ultima ratio* em atuar com eficiência.

Na verdade, os tipos penais recrudescem, alcançam novos bens jurídicos, tornam-se normatizados, perdem a certeza e o hermetismo,⁴ mas, por outro lado, a criminalidade organizada apenas aumenta e se sofisticada no País, e, com isso, a impunidade se torna latente e avassaladora, principalmente, nos delitos econômicos e financeiros (crimes do “colarinho branco”),⁵ as organizações criminosas aprimoram-se mais e melhor do que as instâncias estatais de controle penal; basta que se observem a qualidade e a sofisticação dos armamentos utilizados pelos traficantes no Rio de Janeiro.

Evidentemente que a resposta a esse paradoxo do “maior estado policial” e “maior sociedade criminosa” passa por diversos aspectos, dentre os quais, especialmente, questões de natureza social, que permitam distribuir renda, igualar o acesso à educação e possibilitar às pessoas desenvolverem plenamente suas capacidades.

Contudo, ainda que, num passe de mágica, fosse possível resolver a desigualdade social que assola o País, mesmo assim, a macrocriminalidade persistiria, pois se trata de um fenômeno da sociedade globalizada e de risco. Nesse sentido, basta observar-se que, em países desenvolvidos, como os Estados Unidos da América, há uma criminalidade organizada em plena atividade; basta lembrar o caso antitruste da *Microsoft Corporation*.⁶

Esse panorama social complexo, rapidamente crescente na era atual, apresenta novos problemas em todas as esferas de sentido e, portanto, também no Direito. Nesse contexto, o presente trabalho tem por escopo estudar o Direito (compreendido como subsistema jurídico pertencente ao sistema social),⁷

⁴ Na verdade, o atual sistema penal brasileiro é pródigo em usar normas penais em branco para tipificar delitos.

⁵ Sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86), ver a obra de Manoel Pedro Pimentel; além de ser o primeiro livro acerca do tema no Brasil, é o que melhor trata do assunto (PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987).

⁶ COLEMAN, James William. **A Elite do Crime**: para entender o crime do colarinho branco. Traduzido por Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005. p. 89.

⁷ Importante asseverar que todo o subsistema parcial social participa da autopoiesis do sistema social; nessa linha de pensar, atestam André-Jean Arnaud e Dalmir Lopes Júnior: “Como já sabemos, todo sistema parcial da sociedade participa da autopoiesis do sistema global e se compõe de comunicações, contudo, necessita ademais de um elemento especificador: sua orientação exclusiva a uma função. No caso do sistema jurídico essa função se relaciona com ‘um uso específico da normatividade’. Consiste na utilização de perspectivas conflitantes para a formação e reprodução de expectativas de comportamento generalizados de modo congruente no temporal, material e social” (ARNAUD, André-Jean; LOPES JR. Dalmir. **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 331).

especialmente, o subsistema parcial do Direito Penal como sistema e compreender como o tipo penal (norma penal incriminadora) reage e irrita-se dentro da teoria do delito, em face da complexidade advinda da sociedade de risco pós-moderna.

Para demonstrar a ineficiência do tipo penal, a partir das teorias causal e finalista da ação, propõe-se uma nova observação, reelaborando a semântica do tipo penal a partir da teoria da autopoiesis. Assim, construir-se-á um novo conceito para a norma penal incriminadora, que será denominado de tipo penal autopoietico.

O objeto de análise (subsistema penal) será focado pelas lentes da teoria sistêmica proposta por Niklas Luhmann, sem olvidar as modernas contribuições da cibernética e da autopoiesis.

Para aproximar-se de todo esse problema, o primeiro passo a ser seguido é exatamente traçar os contornos introdutórios acerca da teoria geral dos sistemas, a partir de Ludwig von Bertalanffy, para, em seguida, adentrar-se no sistemismo luhmanniano.

A obra de Niklas Luhmann – com especial ênfase ao sistemismo autopoietico que privilegia o funcionalismo – vem sendo considerada, nos últimos anos, como uma das perspectivas mais sistemáticas e originais para abordar a observação e a compreensão da dinâmica da sociedade pós-moderna. Tal sociedade de risco, sob essa ótica, não se encontra mais organizada em torno de um só centro, mas, ao contrário, comunica-se de maneira multicêntrica, mediante redes de relações crescentemente diferenciadas, mesmo interligadas, obrigando a configurar formas não-hierárquicas de coordenação coletivas. A validade da norma jurídica é, de fato, circular e é compreendida como expectativas de comportamentos estabilizadas em termos contrafáticos, conforme esclarece Luhmann:

Sendo assim, as normas são expectativas de comportamentos estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica a incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do 'dever ser' expressa principalmente a expectativa dessa

vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função da norma.⁸

É uma obra complexa e com pretensão de universalidade que tem recebido incisivas críticas. Porém, tais críticas são oriundas de uma análise apressada e sem consistência do sistemismo luhmanniano, bem como de um conhecimento pouco preciso e parcial da própria teoria. Desse modo, resulta fácil criticar.

Entretanto, Luhmann responde às críticas e antecipa-se a elas, como se previamente vislumbrasse que a sua postura de superação das teorias clássicas da sociologia gerariam exatamente tais ataques. Para Luhmann, a sociedade constitui um sistema no qual é relevante a diferença entre sistema/ambiente; esse sistema é caracterizado pela auto-referência e pela autopoiesis.

A explanação feita anteriormente não desonera de uma exposição mais detalhada da teoria luhmanniana, eis que se trata de uma teoria que rompe com os postulados clássicos da Sociologia e do próprio Direito Penal, não só reduzindo a importância da ideia de ação, mas também a de sujeito.

A necessidade de uma explanação maior da teoria de Luhmann decorre do fato de que, neste trabalho, se adota essa teoria como alicerce teórico para uma nova concepção do subsistema parcial do Direito Penal na atual sociedade de risco. Isso, sem dúvida, exige uma compreensão bastante aprofundada da teoria desenvolvida por Niklas Luhmann.

Após estabelecer as categorias fundamentais fornecidas pelo sistemismo luhmanniano e identificar as novas questões advindas da sociedade de risco, serão aplicadas essas concepções no subsistema parcial do Direito Penal.

O desenvolvimento do conceito de tipicidade penal, ao longo dos trabalhos elaborados por diversos autores e estudiosos da teoria geral do delito, é inconteste. Os avanços dogmáticos que o subsistema criminal vem sofrendo hoje em dia

⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57.

demonstram o empenho acadêmico que lhe é peculiar. A teoria da imputação objetiva, os novos estudos sobre o problema do concurso de agentes, os delitos de perigo e cumulativos, o direito penal do inimigo, o sistema penal integral, as teses acerca do bem jurídico refletem, com clareza, como, em passos largos e firmes, o Direito Penal vai abandonando a dualidade casualismo-finalismo que, por muito tempo, significou seu foco principal. O fim do jusnaturalismo (reafirmado pelo desencantamento do mundo) e a crise do positivismo (perpetrada pela complexidade da sociedade pós-moderna) impulsionaram uma nova forma de pensar as modalidades penais e o sistema jurídico como um todo, ou seja, propiciaram um formato teórico de abertura cognitiva entre o Direito Penal e a respectiva sociedade a ser regulada.

De nada serve, contudo, a afirmação genérica, constante no discurso jurídico, que postula a relação próxima e existente entre o sistema jurídico e a estrutura social. O maior problema de todo esse relacionamento turbulento coloca-se na forma como essa interação é promovida. Uma verificação mais simples poderia ser capaz de outorgar ao Direito uma vida autônoma em face do universo social, absolutamente independente em sua produção e operatividade, demarcando apenas encontros e contatos esporádicos, contingentes e circunstanciais. Outro modo de pensar – com rasgo notoriamente mais crítico – seria a assunção da premissa de que a sociedade determina o Direito, ou seja, este último estaria simplesmente reduzido a uma espécie de imagem refletida de um cenário já pré-constituído de contatos entre sistemas. Essa dificuldade dos parâmetros da complicada relação (comunicação) é a mesma que norteia o vínculo existente entre o tipo penal incriminador e a sociedade de risco.

De todo modo, o fato é que os tipos penais incriminadores, tendo em vista o conteúdo e as fórmulas que admitem para a criminalização, têm como cenário de atuação uma sociedade específica e delimitada. Sempre que se vislumbra a proibição penal de um comportamento, busca-se essa consequência em determinado espaço e em certo tempo. A criminalização, ao menos nos dias atuais, não é universal, perene, vinculada a todo e qualquer modo de vida atemporal. Ao contrário, a tipificação penal reflete as necessidades de regulação social, as quais

vão surgindo e, na mesma medida, submetendo-se ao crivo legislativo da instância jurídico-penal.

Porquanto, a Tese procura compreender como o tipo penal sistemicamente “reage” e “irrita-se” dentro da teoria do delito com essas alterações externas proporcionadas pelo paradigma da sociedade de risco, já que os subsistemas sociais constituem unidades que vivem em clausura operacional, mas também em abertura informacional-cognitiva em relação ao respectivo meio envolvente.⁹

Após a elaboração da metodologia a ser aplicada, inclusive com as fixações dos conceitos de tipo penal fechado e suas categorias tradicionais, é importante uma análise da evolução do dogmatismo adstrito à tipicidade. Não se pretendeu, aqui, um vazio esboço histórico de evolução, mas, fundamentalmente, vislumbrou-se a percepção de quatro pensamentos distintos de colocação do tipo penal na teoria do delito. As comparações das teorias de Liszt, Beling, Mayer, Mezger e Welzel refletem, de uma certa forma, como as diferentes sociedades perceberam a atuação do Direito Penal e, em consequência, da tipicidade penal. A evolução do tipo penal significa uma constante normatização, ou, em outras palavras, uma gradativa perda de objetividade e exatidão. Tudo isso ocorre não como simples e meras evoluções acadêmicas feitas pela doutrina, mas decorre do próprio desenvolvimento social, que obriga que os “mandamentos jurídicos” sigam seu grau de complexidade estabelecido pela relação de condicionamento entre as forças produtivas e as relações sociais de produção.

A sociedade de risco – e suas específicas forças produtivas – faz com que o Direito Penal tenha que garantir expectativas em relação às mais diversas instâncias de interação coletiva.¹⁰ Disso resulta um Direito Penal econômico, do meio ambiente, financeiro, tributário, das relações de consumo dentre outros.

⁹ TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 140.

¹⁰ O Direito Penal objetiva garantir a configuração da sociedade; as expectativas sociais se estabilizam através das sanções.

Além disso, os próprios entendimentos das relações sociais passam a ser dificultados, posto a detecção de um risco socialmente inerente, porém não quantificável. Soma-se a tudo isso a dificuldade humana de compreensão dessas mesmas relações sociais. Os tipos penais de perigo, as normas penais em branco, em suma, a tipicidade aberta, derivam dessa constituição de um Direito Penal preventivo, destinado à garantia das estabilidades de expectativas normativas. Em razão disso, a causalidade não consegue mais compreender as formas sucessivas de interação, a tipicidade penal fechada não é capaz de comportar todas as várias possibilidades (complexidade) de comportamentos que devem ser evitados.

Por fim, empreendem-se esforços na tentativa de compreender os modelos jurídicos que a doutrina penal tem criado para atuarem no cenário de tipos penais abertos e sociedade de risco. Nesse contexto doutrinário, podem-se destacar os ensinamentos de Claus Roxin, Günther Jakobs, Winfried Hassamer e Jesús-María Silva Sánchez, dentre outros.

O funcionalismo, através de uma compreensão estrutural do Direito, possibilita uma visão desprovida de contornos essencialmente ideológicos, o que permite, inclusive, uma utilização crítica da forma como descrevem o Direito Penal na modernidade. Por outro lado, surgem as vozes do “discurso de resistência”, defendendo um Direito Penal que retorne ao tradicional núcleo central de imputação, realçando as teorias pessoais do bem jurídico.¹¹

A Tese divide-se – tendo em vista essas ponderações e excetuando a introdução e as posteriores conclusões – em três capítulos: *Teoria Geral dos Sistemas*: como forma de apresentar a base da teoria luhmanniana e, depois, penetrar na sociedade pós-moderna, aqui trazida sob o enfoque de uma sociedade de risco; *Tipo Penal na Sociedade de Risco*: visa a demarcar as visões dogmáticas acerca do tipo penal, a partir de Ernst von Beling, passando por Max Ernst Mayer, Edmund Mezger e concluindo com o finalismo de Hans Welzel; *Proposta para um Direito Penal autopoiético diante de uma sociedade de risco*: assim, adentrar-se-á

¹¹ Ver para tanto: PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

nos fundamentos da teoria da imputação objetiva – Claus Roxin e Günther Jakobs – para, em seguida, tecerem-se comentários sobre os discursos de resistência atrelados às teorias de Winfried Hassemer e Jesús-María Silva Sánchez e, por fim, demonstrar-se-á a idéia de tipo penal autopoiético como resposta ao desencaixe entre a tipicidade penal hodierna (casualista/finalista) e as novas comunicações advindas da sociedade hipercomplexa.

Certamente, mais perguntas existem que respostas. Mais problemas que soluções. O mínimo que se pode contribuir é com a reflexão, com a problematização de situações de um Direito Penal que insiste em parecer imparcial, ocultar sua verdadeira intenção e, que, ao ser combatido em suas novas modalidades, tantas vezes, apenas se reforça a idéia de risco atrelado á complexidade social.

2 TEORIA GERAL DOS SISTEMAS

2.1 Teoria geral dos sistemas: a construção de uma teoria

A teoria geral dos sistemas procede de uma dupla reação. Num primeiro sentido, uma reação contra a tendência de desenvolver estudos de pormenor, os estudos fragmentários, em exclusão e em detrimento das considerações teóricas, abstratas e gerais. Em segundo lugar, é uma reação também contra a tendência para compartimentar o conhecimento, estabelecendo divisórias rígidas entre as várias disciplinas.

A aspiração é, ao contrário, de integrar o saber adquirido nas outras disciplinas, de unificar a ciência e a análise científica. Por isso, surgiu uma bem definida pesquisa interdisciplinar, que procura elaborar um conjunto coerente de conceitos gerais, aplicáveis tanto aos processos físicos ou mecânicos, como aos biológicos e sociais. O mesmo modo de análise, alicerçado em postulados idênticos e buscando objetivos similares, se aplicaria a todos os níveis da realidade, desde a célula orgânica ao universo sociológico-jurídico.

Dessa forma, em todo caso, o objetivo central é estabelecer um corpo de conceitos fundamentais, utilizável nas mais variadas disciplinas e que torne amplamente disponíveis os descobrimentos e os progressos realizados nas disciplinas particularizadas.

Nessa unificação do conhecimento e da análise científica, a definição de sistema constitui a noção central. Porquanto, a idéia fundamental é que, num grande número de domínios, existem sistemas que apresentam propriedades comuns. Ditos conjuntos, constituídos em diversos domínios do conhecimento, podem ser objeto de um saber relativamente unificado.

Há, portanto, toda uma corrente de pesquisas teóricas que se designa pelo nome de teoria dos sistemas. Trata-se de um esforço de reflexão que incide sobre

as propriedades gerais dos sistemas e, ao mesmo tempo, visa à elaboração de um conjunto de conceitos gerais aplicáveis a todas as categorias de sistemas.

A teoria geral dos sistemas tem por objetivo a análise da natureza dos sistemas e da interação deste e de suas partes, assim como a inter-relação entre eles em diferentes espaços (ambiente), e ainda, as suas normas fundamentais.

Desse modo, a idéia é que uma Ciência dos Sistemas é perfeitamente possível e pode ser posicionada para além das fronteiras tradicionais das disciplinas. Isto é:

O enfoque sistêmico altera o critério que comanda a forma de escolher uma parte do mundo, isolado em nossa prancheta, para facilitar o estudo. O critério para traçar a fronteira desse mundo isolado se baseia na homogeneidade da coisa estudada, se estamos aplicando a abordagem tradicional. Existem diversos níveis do isolado. [...] Qual a diferença da abordagem sistêmica para a abordagem tradicional? A abordagem sistêmica faz um recorte da realidade, porém não implica a exigência de componentes homogêneos. A abordagem sistêmica envolve parte da realidade, porém ela é metodologia de estudo, uma metodologia da construção da ciência que abrange uma parte da realidade segundo o objetivo do estudo. Ela introduz o conceito de objetivo.¹²

O conceito de objetivo, aqui posto em destaque, configura-se como teleonomia, finalidade do estudo. Como bem adverte João Metello de Mattos, ela não se confunde com a acepção de uma finalidade filosófica, teológica, ligada a uma finalidade última de todas as coisas. A teleonomia será definida como finalidade do trabalho, da pesquisa, uma vez que só isola da realidade o que necessita para se atingir um objetivo, e a primeira preocupação na determinação de um sistema é estabelecer o seu objetivo.¹³

Ao se mencionar a abordagem tradicional, ou melhor, quando se fizer referência à dissociação da visão sistêmica do paradigma tradicional, está se partindo de uma concepção específica de paradigma tradicional da ciência, resumida pelos seguintes caracteres:

¹² MATTOS, João Metello de. **A sociedade do conhecimento**. Brasília: ESAF, Universidade de Brasília, 1982. p. 30.

¹³ *Ibidem*, p. 30.

(I) O pressuposto da *simplicidade*: a crença em que, separando-se o mundo complexo em partes, encontram-se elementos simples, em que é preciso separar as partes para entender o todo, ou seja, o pressuposto de que o 'microscópico é simples'. Daí decorrem, entre outras, a atitude de análise e a busca de relações causais lineares. (II) O pressuposto da *estabilidade* do mundo: a crença em que o mundo é estável, ou seja, em que o 'mundo já é'. Ligados a esse pressuposto estão a crença na determinação – com a conseqüente controlabilidade dos fenômenos. (III) O pressuposto da *objetividade*: a crença em que 'é possível conhecer objetivamente o mundo tal com ele é na realidade' e a exigência da objetividade como critério de cientificidade. Daí decorrem os esforços para colocar entre parênteses a subjetividade do cientista, para atingir o universo, ou a versão única do conhecimento.¹⁴

Descrita a base do paradigma tradicional da ciência, à guisa de introdução, pode-se justificar a emergência de um paradigma sistêmico pela sua dissociação dos pressupostos supracitados, uma vez que a visão sistêmica vai se caracterizar:

(I) Do pressuposto da simplicidade para o pressuposto da *complexidade*: o reconhecimento que a simplificação obscurece as inter-relações de fato existentes entre todos os fenômenos do universo e de que é imprescindível ver e lidar com a complexidade do mundo em todos os seus níveis. Daí decorrem, entre outras, uma atitude de contextualização dos fenômenos e o reconhecimento da causalidade recursiva. (II) Do pressuposto da estabilidade para o pressuposto da *instabilidade* do mundo: reconhecimento de que 'o mundo esta em processo de tornar-se'. Daí decorre necessariamente a consideração da indeterminação, com a conseqüente imprevisibilidade de alguns fenômenos, e de sua irreversibilidade, com a conseqüente incontrolabilidade desses fenômenos. (III) Do pressuposto da objetividade para o pressuposto da intersubjetividade na constituição do conhecimento do mundo: o reconhecimento de que 'não existe uma realidade independente de um observador' e de que o conhecimento científico do mundo é construção social, em espaços consensuais, por diferentes sujeitos/observadores. Como conseqüência, o cientista coloca a 'objetividade entre parênteses' e trabalha admitindo autenticamente o multi-versa: múltiplas versões da realidade, em diferentes domínios lingüísticos de explicações.¹⁵

¹⁴ VASCONCELLOS, M. J. E. de. **Pensamento Sistêmico**: um novo paradigma da ciência. São Paulo: Papyrus, 2003. p. 69.

¹⁵ *Ibidem*, p. 101.

Dessa forma, é inexorável o *status* de transição paradigmática¹⁶ que possui a teoria sistêmica, que se reflete em todas as formas de manifestação do conhecimento. Assim, é da observação deste pressuposto que se passa a delimitar mais a sua forma e importância para o presente trabalho.

2.2 Origem e desenvolvimento da teoria geral dos sistemas

A definição da gênese da teoria dos sistemas é, inexoravelmente, uma tarefa que encontra, diante de si, uma polissemia teórica inesgotável.¹⁷ Afirmar a origem dessa teoria – rogar-se a pretensão de efetuar uma arqueologia de suas bases, com toda a certeza, equivale a se condenar a descrever a própria história do conhecimento. Diante disso, entende-se ser de extrema coerência a descrição sobre os fundamentos epistemológicos da Ciência dos Sistemas realizada por Jean-Louis Le Moigne. Segundo ele,

[...] a emergência, nos anos 70, da ciência dos sistemas (ou sistêmica) constituirá, sem dúvida, um dos acontecimentos epistemológicos marcantes do século XX. É certo que esta ‘nova ciência’ não nasce repentinamente, ‘armada e equipada da cabeça aos pés’. A história da sua complexa gênese bem merece a nossa atenção, tanto mais que se estende por 2500 anos, acumulando patrimônios genéticos formados por todas as disciplinas desenvolvendo a sua própria experiência modeladora. Mas a passagem de uma ideologia (o espírito de sistema) ou de uma doutrina (o sistemismo) ou de uma técnica (a abordagem-sistema) a uma disciplina científica ensinável capaz de explicitar o seu próprio estatuto epistemológico necessitava que fossem reunidas algumas condições culturais, lingüísticas, institucionais e científicas: conjunção que só se manifestou a partir dos anos 70, quando se difundiram alguns textos fundadores de J. Piaget, de H. A. Simon, de E.

¹⁶ Contudo, deve-se atentar para o sentido desta transição: “Assim como a física relativista não ‘pôs na lata do lixo’ a Física Newtoniana, o pensamento sistêmico não nega o pensamento mecanicista. A física moderna contextualizou a Física Newtoniana em fenômenos que ‘podem ser visualizados’. Ela não é válida nas ínfimas partículas atômicas, nem na astrofísica, de uma maneira geral. Dessa mesma forma, o pensamento mecanicista está restrito a situações em que há: (I) razoável grau de estruturação dos problemas, (II) razoável estabilidade ambiente, (III) baixo grau de complexidade dinâmica, (IV) baixo grau de influência das percepções de diferentes atores a partir de distintos interesses. Fora desses parâmetros, o pensamento mecanicista começa a ter dificuldades. Aí torna-se mais efetivo o uso do Pensamento Sistêmico” (ANDRADE, Aurélio L.; SELEME, Acyr; RODRIGUES, Luís H.; SOUTO, Rodrigo. **Pensamento Sistêmico – Caderno de Campo: o desafio da mudança sustentada nas organizações e na sociedade.** Porto Alegre: Bookman, 2006. p. 41).

¹⁷ Para se ter uma noção da amplitude teórica pertencente à concepção de sistema, ver o verbete “Sistema” em: MORA, José Ferrater. **Diccionario de Filosofia.** Buenos Aires: Sudamericana, 1971. Tomo II L-z. p. 687-90.

Morin, de H. von Foerster, de H. Atlan, de I. Prigogine e muitos outros que se tornaram hoje em dia ‘conhecimentos’ comuns nas nossas culturas.¹⁸

A ressalva feita por Le Moigne caminha no sentido de não se olvidar a possibilidade de remeter a formação da teoria dos sistemas a uma herança platônica. Percorrendo-se toda essa escola filosófica,¹⁹ até culminar possivelmente na figura de Hegel, encontrar-se-ão, com toda certeza, fragmentos da teoria dos sistemas.

Todavia, por outro ângulo, deve-se observar a sutileza com que se apresenta a singularidade das pesquisas realizadas no século XX, que, indiscutivelmente, merecem figurar como base do que hoje se intitula Teoria dos Sistemas. Como afirmou Le Moigne, somente com o desenvolvimento de certas áreas da ciência, atingiu-se a formatação distintiva deste novo conhecimento.²⁰ Pode-se posicionar a origem da teoria geral dos sistemas nas pesquisas desenvolvidas por várias disciplinas do campo científico, sobretudo, a Cibernética²¹ e a Biologia.²²

A Cibernética emergiu como uma ciência destinada ao estudo do comando, isto é, trata-se de um conhecimento voltado para temas como coordenação, controle

¹⁸ LE MOIGNE, Jean-Louis. **O construtivismo: dos fundamentos**. Traduzido por Miguel Mascarenhas. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. v.1. p. 121.

¹⁹ Sobre uma proeminência maior do pensamento platônico na teoria dos sistemas, afirma Cirne-Lima: “A Teoria dos Sistemas e de Auto-organização é a roupagem sobre a qual se esconde, em nossos dias, a ontologia do neoplatonismo. E é por isso que a Teoria dos Sistemas é tão rica e tão prenhe de soluções: ela é herdeira intelectual de Platão, Plotino, Proclo e Agostinho, de Nicolaus Cusanus e de Giordano Bruno, e de Epinosa, Fichete, Sheling e Hegel. Por isso a Teoria dos Sistemas é, ao mesmo tempo, tão esclarecedora, tão luminosa que chega a ofuscar” (CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, Luiz (orgs.). **Dialética e auto-organização**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 19).

²⁰ Nesse mesmo sentido, quanto à herança grega no desenvolvimento do pensamento sistêmico e sua atual organização, afirma Humberto Kasper: “Embora algumas idéias do pensamento sistêmico possam ser remontadas à filosofia grega, especialmente a idéia de fluxos e processos de Heráclito, o caminho trilhado no mapa do conhecimento, para a constituição da racionalidade ocidental, conduziu ao domínio do pensamento analítico, cuja consolidação ocorreu com a denominada ‘revolução científica’ iniciada por Galileu. Somente no século XX, constitui-se o pano de fundo que permitiu a emergência do Pensamento Sistêmico no âmbito da ciência. De um modo geral, a emergência do Pensamento Sistêmico é conseqüência de três mudanças fundamentais associadas às transformações ocorridas na sociedade industrial: 1) o questionamento das concepções mecânicas e a emergência de uma nova percepção da realidade na ciência, principalmente, devido à formulação do segundo princípio da termodinâmica, da física quântica e dos avanços na astronomia; 2) os novos desenvolvimentos tecnológicos impulsionados a partir da Segunda Guerra; e 3) a necessidade de administrar estruturas organizacionais cada vez mais complexas, especialmente a partir da metade do século passado” (ANDRADE; SELEME; RODRIGUES; SOUTO, 2006, p. 50).

²¹ WEINER, Norbert. **Cybernetics**. Cambridge-Mss.: MIT Pres, 1961.

²² Sobre e trajetória epistemológica, ver: AYALA, F. J.; DOBZHANSKY, T., Eds. **Estúdios sobre la filosofia de la biología**. Traducción por Carlos Pijoan Rotge. Barcelona: Ariel Methodos, 1983.

e regulação. Como bem afirma Ashby, “[...] a Cibernética é uma teoria das máquinas, mas não aborda coisas, mas modos de comportar-se. Não inquire o que é esta coisa? mas o que ela faz?”.²³ Em outras palavras, ao retratar abordagem da idéia de estabilidade pela Cibernética, Gordon Pask acaba por exemplificar a afirmação anterior de Ashby:

A estabilidade é crucial para a organização porque o que é estável pode ser descrito; estável será a própria organização ou alguma característica que a organização preserve. O que é estável pode ser um cão, uma população, um avião, o João da Silva, a temperatura do corpo do João da Silva, a velocidade de um barco, ou uma quantidade de outras coisas.²⁴

Mesmo reconhecida sua associação inicial com a Física, a Cibernética adquiriu o *status* de disciplina autônoma,²⁵ justamente por esta transcender limitações das propriedades materiais. O seu objeto de estudo é o comportamento, em todas as suas formas,²⁶ abstraindo-se a materialidade.²⁷ A prerrogativa erigida pela Cibernética, ao analisar fenômenos organizacionais de controle, é intimamente

²³ ASHBY, W. Ross. **Introdução à Cibernética**. Traduzido por Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1970. p. 1.

²⁴ PASK, Gordon. **Uma introdução à Cibernética**. Traduzido por Luís Moniz Pareira. Coimbra: Armênio Amado, 1970. p. 28.

²⁵ O processo de formalização disciplinar da Cibernética relaciona-se com a superação da noção de causalidade linear, como afirma Cirne-Lima: “Desde Aristóteles a Tomás de Aquino até a Mecânica Clássica de Newton e a Teoria da Relatividade de Einstein, este conceito linear de causalidade é a concepção dominante em grande parte da tradição filosófica e em quase todas as ciências. Causa e efeito, nessa concepção, são entidades diversas, sim, separadas, pois o efeito é sempre posterior à causa. A idéia de causalidade linear é uma teoria brilhante que, no decorrer da nossa história, mostrou que possui uma poderosa força explicativa, tendo prestado os mais relevantes serviços à ciência. Muitíssimas coisas podem e devem ser explicadas no âmbito da causalidade linear. O problema é que este tipo de causalidade não é o único, ele não explica todos os fenômenos. Se este tipo de causalidade linear fosse o único, os processos cibernéticos simplesmente não poderiam existir. O que é um processo cibernético? Desde a antiguidade, conhecem-se processos cibernéticos, mas foi Nobeert Weiner quem, nos nossos dias, num ato de coragem intelectual, formulou a teoria e afirmou que uma séria causal pode flectir-se sobre si mesma e configurar-se de forma circular, de maneira que o último efeito da série, que é sempre finita, atua como causa sobre a primeira causa da série. Assim, a série causa/efeito se fecha sobre si mesma, em círculo, se retroalimenta e se retrodetermina” (CIRNE-LIMA; ROHDEN, 2003, p. 29).

²⁶ Na esteira desse raciocínio, Paul Idatte apresentou a utilização da Cibernética nas mais diversas áreas, como estética, pedagogia, sociedade, semântica etc. (IDATTE, Paul. **Chaves da Cibernética**. Traduzido por Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972).

²⁷ Sobre a desconexão do aspecto material na cibernética, pontuou André Robinet: “A las cibernéticas no les preocupa la esencia. En una primera *epojé* pondremos entre paréntesis el interrogante que constituye la originalidad de las filosofías: la cuestión del espíritu o de la materia. Las cibernéticas no se ocupan ni del objeto, ni del sujeto, ni de las estructuras, ni de la génesis, ni de los comportamientos ni de las funciones. Se interesan por el devenir de las acciones y reacciones, componen sistemas de cambio en los que la teleología domina a la fenomenología. Abren el registro de la mónado-lógico” (ROBINET, André. **Mitología, Filosofía y Cibernética**: el autómata y el pensamiento. Traducción por Carmen Garcia-Trevijano. Madrid: Tecnos, 1982. p. 113).

ligada a pesquisas no campo da Biologia. Nos anos 20, o biólogo alemão Ludwig von Bertalanffy²⁸ retoma os seus estudos sobre a célula e sobre as respectivas trocas com o exterior. Empreende a formalização dessas trocas utilizando a noção de sistema em relação com o seu meio ambiente.

O trabalho de Bertalanffy caminhou para organização de uma teoria da unidade das descobertas feitas por ele e por outros cientistas da época. G. Pask atesta:

Von Bertalanffy exerceu considerável influência, não só em biologia como nas ciências sociais. Ele chamou sistema a organização que é reconhecida e estudada (especula-se sobre o sistema que é a organização de um leopardo e não sobre o leopardo em si). Mas mais do que isso, Bertalanffy percebeu ainda que quando encaramos um sistema (e o ciberneticistas fazem-no sempre) muitas construções físicas e processos aparentemente dissemelhantes manifestam características comuns.²⁹

Essas manifestações com características semelhantes, ou melhor, os princípios, são, justamente, os fatores que explicam essas características comuns em sistemas diferentes, que Bertalanffy chamou de teoria geral dos sistemas. Porém, somente na década de 1950, ocorreu o desenvolvimento da teoria. É nessa época que numerosos pesquisadores, de várias áreas do conhecimento,³⁰ passam a refletir sobre a unificação da ciência e a realizar conversação sobre o tema.

Um dos principais pontos de discussão apresentava-se na insuficiência da metodologia analítica. O procedimento analítico notabiliza-se, em linhas gerais, por pretender estudar entidades fragmentando-as em partes, ou seja, a produção do

²⁸ No que tange à passagem do paradigma à Teoria do Sistema Geral dos Sistemas, ministra Jean-Louis Le Moigne: “Esse passo, que o biólogo J. Monod não ousava dar, fora dado 40 anos antes por um outro biólogo; as intuições de L. von Bertalanffy afrontando sozinho, por volta de 1930, o falso debate da biologia teórica de então, entre um mecanismo intolerante e um vitalismo freqüentemente pueril, iriam fundar o paradigma sistêmico: a bandeira desta conjunção tem um nome forjado por Bertalanffy, a Teoria do Sistema Geral, cuja exposição constitui o próprio projecto desta obra” (LE MOIGNE, Jean-Luis. **A Teoria do Sistema Geral**. Traduzido por Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1977. p. 69-70).

²⁹ PASK, 1970, p. 33.

³⁰ Pode-se retratar a singular produção científica desse contexto social pela grande quantidade de teorias que se constituíram, a saber: Teoria dos compartimentos (Rescigno e Segre, 1966); Teoria dos conjuntos (Mesarovic, 1964; Maccia, 1966); Teoria dos gráficos (Rashevsky, 1956, 1960; Rosen, 1960); Teoria das redes (Rapoport, 1949); Teoria cibernética (N. Wiener, 1960); Teoria da informação (Shannon e Weaver, 1949); Teoria dos autômatos (Minsky, 1967); Teoria dos jogos (von Neumann e Mogenstern, 1947).

conhecimento se dá pela separação do todo em partes. Essas partes geram novas partes, e repete-se esta ação até se alcançar, por exemplo, – dentro dessa perspectiva – séries causais isoláveis ou unidades atômicas.³¹

Não há como negar o progresso que essa metodologia proporcionou à comunidade científica, alicerçando os princípios da ciência clássica. Contudo, inobstante tal reconhecimento, urge que se atente para a observação ministrada por Bertalanffy no que concerne às limitações dessa matriz teórica:

A aplicação do procedimento analítico depende de duas condições. A primeira é que as interações entre as partes ou não existam ou sejam suficientemente fracas para poderem ser desprezadas nas finalidades de certo tipo de pesquisa. Só com esta condição as partes podem ser ‘esgotadas’ real, lógica e matematicamente, sendo em seguida ‘reunidas’. A segunda condição é que as relações que descrevem o comportamento das partes sejam lineares, pois só então é dada a condição de atividade, isto é, equação que descreve o comportamento do todo é da mesma forma que as equações que descrevem o comportamento das partes. Os processos parciais podem ser sobrepostos para obter o processo total etc.³²

Essas condições de aplicação do método analítico, mencionadas por Bertalanffy, segundo o próprio autor, não são atendidas pelas entidades nomeadas como sistemas. Isso ocorre pelo fato de a própria concepção de sistema se caracterizar por interações muitas vezes não-lineares. Nas palavras do fundador da teoria dos sistemas,

[...] um sistema ou ‘complexidade organizada pode ser definido pela existência de “fortes interações” ou de interações “não triviais”, isto é, não lineares. O problema metodológico da teoria dos sistemas consiste, portanto, em preparar-se para resolver problemas que, comparados aos problemas analíticos e somatórios de ciência clássica, são de natureza mais geral.³³

Assim, como a materialização das insuficiências da matriz científica analítica, começa a ganhar forma a concepção da viabilidade de um teoria geral dos sistemas, isto é, a possibilidade de se tentar a síntese dos trabalhos realizados em Biologia,

³¹ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Traduzido por Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 1973. p. 37.

³² *Ibidem*, p. 37-8.

³³ *Ibidem*, p. 38.

em Cibernética, em teoria da comunicação,³⁴ em Termodinâmica³⁵ etc. Por isso, não foi outra a conclusão de Bertalanffy, senão a de entender pela legitimidade de uma teoria não dos sistemas de uma espécie, presos a um tipo especial, mas a formação de princípios universais aplicáveis aos sistemas em geral. Desse modo, ele postula uma nova disciplina chamada teoria geral dos sistemas, cujo conteúdo se apresenta como a formulação e derivação dos princípios válidos para os “sistemas” em geral.³⁶

Para tanto, Bertalanffy identifica os principais propósitos dessa teoria:

(1) Há uma tendência geral no sentido da integração nas várias ciências, naturais e sociais; (2) Esta integração parece centralizar-se em uma teoria geral dos sistemas; (3) Esta teoria pode ser um importante meio para alcançar uma teoria exata nos campos não físicos da ciência; (4) Desenvolvendo princípios unificadores que atravessam ‘verticalmente’ o universo das ciências individuais, esta teoria aproxima-nos da meta da unidade da ciência; (5) Isto pode conduzir à integração muito necessária na educação científica.³⁷

Sob essa ótica, ambiciona-se elaborar proposições e conceitos gerais, estabelecer princípios de base, que sejam aplicáveis a numerosos sistemas e suscetíveis de serem transportados de uma disciplina para outra. Busca-se, dessa maneira, desenvolver técnicas para aplicar esses princípios aos sistemas específicos e concretos, isto é, o sistema é entendido como uma abstração destinada a facilitar a construção de estruturas de raciocínio, para ajudar na solução de problemas da vida prática, para ajudar na construção da ciência.

³⁴ Para uma visão sociológica dos sistemas de comunicação ver: DIAS, Fernando Nogueira. **Sistemas de Comunicação de Cultura e de Conhecimento: um olhar sociológico**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

³⁵ A termodinâmica é apresentada à discussão para se observarem as questões relativas à entropia e neguentropia, como bem sintetizou Idatte: “A evolução dos sistemas cibernéticos caracteriza-se, fundamentalmente, por um fenômeno que tem a aparência de uma luta sistemática da neguentropia contra a entropia, da ordem contra a desordem. Mas, para ter uma idéia correta desse fenômeno, convém, como quer a regra, situá-lo na integralidade do seu desenvolvimento, o que leva a distinguir três períodos (I) a evolução pré-biológica, ou pré-vida, que resultou nos sistemas cibernéticos naturais; (II) a evolução destes últimos sistemas, ou evolução biológica propriamente dita, que resultou no homem; (III) a evolução dos sistemas construídos pelo homem, que redundou na tomada de consciência de si próprio e não é outra coisa senão a descoberta de cibernética, seguida dos desenvolvimentos que todos conhecemos” (IDATTE, 1972, p. 92).

³⁶ BERTALANFFY, 1973, p. 55.

³⁷ *Ibidem*, p. 62.

Porquanto, o conhecimento da teoria geral dos sistemas certamente auxilia a compreender a inter-relação existente entre os sistemas (vivos, psíquicos, sociais), bem como as inter-relações existentes dentro de cada um desses sistemas e suas interações. A partir desse alicerce teórico, é possível ter uma idéia de como os subsistemas são formados, quais são as suas tendências no futuro, como são organizados, quais são os seus potenciais, como funcionam etc.

Destarte, essa teoria – nas suas mais variadas vertentes – potencializa/constrói observações que tornam possível descrever as relações entre os sistemas, podendo-se, assim, desenvolver uma nova metodologia assumidamente construtivista, como uma nova opção epistemológica para a complexidade social hodierna. É inserida nessa evolução teórica que a obra de Niklas Luhmann irá se apresentar para o mundo.

2.3 Sistemismo Luhmanniano

Niklas Luhmann desenvolveu seu sistemismo em dois momentos distintos, como lembra Leonel Severo Rocha.³⁸ O primeiro, entre os anos de 1960 a 1980, em que formulou a teoria dos sistemas (funcional-estrutural), tendo por base a diferenciação entre sistema/ambiente, que, inicialmente, como se demonstrou, foi desenvolvida por Bertalanffy.

³⁸ Este leciona: “Esta matriz provoca efetivamente uma grande mudança epistemológica na teoria do Direito, e, talvez, por isso, ainda não chegou a ter a grande influência na dogmática positivista dominante. O ponto de partida são as análises de Luhmann sobre a ‘Teoria dos Sistemas’ de Parsons. Niklas Luhmann adaptaria, entretanto, alguns aspectos da teoria de Parsons, somente numa primeira fase de sua atividade intelectual, porém, em seus últimos textos, Luhmann votou-se para uma perspectiva epistemológica ‘autopoiética’ (Varela-Maturana), acentuando a sistematicidade do Direito como auto-reprodutor de suas condições de possibilidade de ser, rompendo com o funcionalismo (*input/output*) parsoniano” (ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 30-1.

Nesse estágio, Luhmann foi influenciado pelo sociólogo norte-americano Talcott Parsons,³⁹ através de sua teoria estrutural-funcional⁴⁰ da sociedade. Entrementes, Luhmann buscou redimensionar sua teoria para uma visão funcional-estrutural, privilegiando o funcionalismo, a partir da idéia de que o problema central é reduzir a complexidade do mundo⁴¹ através do sistema.

Nesse sentir, a diferença sistema/ambiente é o ponto de partida do planejamento da teoria sistêmica de Luhmann, em que o sistema não pode existir independentemente de seu ambiente. Porquanto, o sistema é a diferença ao ambiente por intermédio da seleção, com o escopo de reduzir complexidade. Assim, um sistema só pode operar dentro de seus limites.

Dessa forma, Luhmann apresenta, como sua base teórica, a suposição da existência de sistemas, isto é, como o próprio afirma,

³⁹ PARSONS, Talcott. **O Sistema das Sociedades Modernas**. Traduzido por Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974.

⁴⁰ Sobre a construção metodológica de Parsons, pode-se sintetizar que, “[...] na teoria da ação, Parsons pretende estabelecer modos de análise estruturais e funcionais de maneira a compreender tanto os traços permanentes quanto os dinâmicos dos sistemas da ação. Os aspectos estruturais são aqueles que delineiam os elementos relativamente estáveis que possibilitam as interações, enquanto os aspectos funcionais referem-se aos processos que atuam no sentido da conservação e manutenção, ou no sentido de impedir a desintegração e desequilíbrio daquelas estruturas, conferindo-lhes dinamismo. A função científica do sistema de categorias estruturais é, segundo ele, proporcionar o âmbito para a análise dinâmica, ainda muito fragmentária” (QUINTANEIRO, Tania; OLIVEIRA, Márcia G. M. de. **Labirintos Simétricos: Introdução à teoria de Talcott Parsons**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 71).

⁴¹ Sobre sua premissa teórica, observa Luhmann: “O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma, o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes” (LUHMANN, 1983, p. 45).

[...] las siguientes reflexiones suponen la existència de sistemas. Por lo tanto, no empiezan con una duda gnoseológica. Tampoco se limitan a defender una posición donde la teoría de sistemas tenga una relevancia meramente analítica. Y, sobre todo, se quiere evitar una interpretación muy estrecha que reduzca la teoría de sistemas a un simple método de análisis de la realidad. Seguinte definição de sistema: El concepto de sistema significa, pues, algo que realmente es un sistema, y por consiguiente asume la responsabilidad de la verificación de sus proposiciones en relación con la realidad.⁴²

Por conseguinte, sistema é a forma⁴³ de uma diferença, possuindo dois lados. O lado interno da forma é o sistema, ao passo que o lado externo da forma é o ambiente. Contudo, a noção de ambiente não deve ser compreendida como uma categoria-resto, ou seja, o ambiente não é aquilo que sobra quando se subtrai o sistema; pelo contrário, a relação sistema/ambiente é constitutiva para a realidade, e não apenas no sentido de o ambiente estar aí apenas para a manutenção do sistema. O ambiente sempre será mais complexo que o sistema.

Tradicionalmente, a sociedade é interpretada como algo que é composto de pessoas concretas e de relações entre essas pessoas. Nessa visão, a sociedade se constituiria somente através de consenso entre os indivíduos. Sociedades são consideradas entidades regional ou territorialmente limitadas, portanto, pretendendo ser observadas de fora (relação sujeito/objeto), assim como um grupo de pessoas.

⁴² LUHMANN, Niklas. **Sociedad y Sistema**: La ambición de la teoría. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990. p. 41.

⁴³ Deve-se deixar claro que, na presente tese, o conceito de forma tem seu sentido delimitado na relação lógico-matemática dos atos de distinção e indicação, a partir do trabalho de G. Spencer Brown que - já nas primeiras linhas de sua obra - afirma: "We take as given the idea of distinction and the idea of indication, and that we cannot make an indication without drawing a distinction. We take, therefore, the form of distinction for the form. Distinction is perfect continence. That is to say, a distinction is drawn by arranging a boundary with separate sides so that a point on one side cannot reach the other side without crossing the boundary. For example, in a place space a circle draws a distinction. Once a distinction is drawn, the spaces, states, or contents on each side of the boundary, being distinct, can be indicated. There can be no distinction without motive, and there can be motive unless contents are seen to differ in value. If a content is value, a name can be taken to indicate this value. Thus the callig of the name can be identified with the value of the content" (BROWN, G. Spencer. **Laws of form**. New York: Bantam Book, 1973. p. 1).

Contra essa epistemologia,⁴⁴ Luhmann entende como elementos sociais não os indivíduos, mas as comunicações. A Sociedade é concebida como o conjunto mais abrangente das comunicações, isto é, o elemento constitutivo da sociedade é a comunicação, entendendo por elemento aquilo que para um sistema funciona como unidade não-suscetível de ulterior decomposição.

Nessa linha de raciocínio, esclarece Luhmann:

Elemento es, por conseguinte, aquella unidad no más reductible del sistema (aunque considerada microscópicamente pudiera aparecer, a su vez, como un entramado demasiado complejo). 'Nos más reductible' significa también que un sistema solo puede constituirse y cambiar relacionando elementos, y nunca mediante la desintegración y la reorganización. No hay que volver a introducir esta restricción, que es constitutiva del sistema, en la descripción y el análisis de los sistemas.⁴⁵

Desse modo, fora da sociedade, não há comunicação e, sem comunicação, não há sociedade, uma vez que a comunicação é a única via possível para que possam ser constituídas seleções em comum, como mecanismos de redução de complexidade e superação da dupla contingência.

⁴⁴ A proficiência com que Luhmann ataca a concepção sociológica clássica sobre o conceito de sociedade merece ser reproduzida, *in verbis*: "Há certos preconceitos das expectativas tradicionais relativas e este conceito que não podem ser abandonados e substituídos (ou só com dificuldade no contexto de um paradigma completamente novo). Gostaria de apresentar três destes obstáculos que considero os mais importantes: a) o primeiro diz respeito ao pressuposto de que a sociedade é constituída de pessoas ou de relações entre pessoas. Chamo-o de o preconceito humanista. Mas como deve isto ser entendido? Ela é composta de braços e pernas, pensamentos e enzimas? O cabeleireiro corta os cabelos da sociedade? Ela precisa ocasionalmente receber um pouco de insulina? Que tipo de operação caracteriza a sociedade se a ela pertencem tanto a química das células como a alquimia da repressão inconsciente? O preconceito humanista agarra-se clara e intencionalmente a imprecisões conceituais e então é preciso perguntar: por quê? O teórico torna-se ele próprio um paciente. b) o segundo preconceito que bloqueia o desenvolvimento conceitual consiste na pressuposição de uma multiplicidade territorial de sociedades. A China é uma, o Brasil é outra, o Paraguai é uma delas e, da mesma forma, então, o Uruguai. Todos os esforços para obter acuidade nas delimitações fracassaram, independente de se orientarem pela organização estatal, pela linguagem, pela cultura ou pela tradição. Na verdade, há inúmeras diferenças entre as condições de vida nestes territórios, mas essas diferenças precisam ser explicadas como diferenças na sociedade e não serem pressupostas como diferenças entre sociedades. Ou a sociologia quer resolver o seu problema central através da geografia? c) o terceiro preconceito é decorrente da teoria do conhecimento, dando-se a partir da diferenciação entre sujeito e objeto. Corresponde à teoria do conhecimento vigente até este século conceber sujeito e objeto (da mesma forma que o pensamento e existência, conhecimento e objeto) como separados e considerar como possível uma observação e descrição do mundo *ab extra*; até mesmo só reconhecer o conhecimento como tal, quando qualquer inter-relação circular com o seu objeto for evitada. Somente sujeitos possuem o privilégio de auto-referência; objetos são como são". (LUHMANN, Niklas. **A Nova Teoria dos Sistemas**. Traduzido por Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Universidade/UFRGS e Goethe-Institut, 1997. p. 76-7).

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales**: Lineamientos para una Teoría General. Traducción por Silvia Pappe y Brunhilde Erker, coordenação de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos, Iberoamericana, 1998. p. 45.

A sociedade passa a ser compreendida como totalidade das comunicações, envolvendo o mundo como um todo; ela se constitui como sociedade global. Os sistemas psíquicos fazem parte do meio da sociedade e ambos os sistemas são ligados por um acoplamento estrutural.

Nesse sentido, comunicação é definida como uma operação de três momentos: informação, mensagem e compreensão. Cada um se constitui como uma etapa de um processo seletivo, mas, no final, este processo resta esquecido. Primeiro, seleciona-se a informação. Em seguida, seleciona-se uma mensagem para expressá-la sendo que tanto a informação como a forma de expressar essa informação podem influenciar no comportamento do receptor. Essa etapa ocorre paralelamente à seleção de um comportamento que expressa essa informação por parte do emissor. Por último, mas não menos importante, deve ser possível para o receptor distinguir entre informação e mensagem.

A comunicação emerge sempre que a diferença entre informação e mensagem é observada, esperada, compreendida e usada como base para conectar futuros comportamentos. Assim, comunicação gera comunicação, que é um processo de seleção, um acontecer seletivo. Destarte, a comunicação serve de ponte para a transmissão intersubjetiva de critérios de seleção. Logo, a comunicação somente é possível como evento que transcende a clausura da consciência, como síntese de algo mais que o conteúdo de uma única consciência.

A comunicação não se esgota na dimensão psicológica ou individual, porque aquela função da comunicação apenas é cumprida na medida em que a transmissão com pretensões de informação, que um indivíduo leva a cabo, seja seguida da compreensão, por parte de, pelo menos, outro indivíduo. Portanto, somente assim será realizada a comunicação e, conseqüentemente, apenas dessa se constitui a sociedade.

Com efeito, em decorrência disso é que Luhmann rechaça radicalmente a explicação da comunicação em termos de ação, como pretende Jürgen Habermas com a sua teoria da ação comunicativa. Luhmann diverge de Habermas, uma vez

que aquele formula o conceito de comunicação entendida como um processo de seleção que sintetiza informação, comunicação e compreensão. Portanto, um processo auto-referente, que não exclui consenso nem dissenso, ao contrário da ação comunicativa de Habermas.

Dessa forma, se a comunicação é a sociedade reproduzindo-se a si mesma, isso também significa que é a sociedade que comunica, e não as consciências individuais, isto é, os sujeitos.

Porquanto, Luhmann rompe com o obstáculo epistemológico do humanismo abstrato,⁴⁶ que entende a sociedade como algo constituído por pessoas⁴⁷ ou por relações pessoais, para asseverar que a sociedade é composta, exclusivamente, de comunicação. O sujeito é apenas o meio da sociedade, e não um componente; logo, entre o indivíduo e a sociedade, se dá a relação sistema/ambiente. Do contrário, mantendo-se a concepção tradicional do social como constituído por homens, estar-se-ia diante do seguinte problema:

Es evidente que los seres humanos no pueden ser partes o elementos de sistemas sociales. Si lo fueran, todo intercambio de macromoléculas en las células, toda réplica del material biológico, todo cambio de frecuencia en el sistema nervioso y toda percepción deberían considerarse acontecimientos sociales.⁴⁸

Com isso, Luhmann mantém a idéia de que a sociedade deve ser compreendida como sistema, ou seja, deve ser observada e interpretada por uma forma, isto é, por uma distinção potencialmente complexa, a diferença sistema/ambiente.

⁴⁶ A resposta de Luhmann se baseia na incompreensão existente sobre sua teoria, isto é, no chamado preconceito humanista, uma que vez que “[...] la afirmación de que las personas pertenecen al entorno de los sistemas sociales no contiene ninguna afirmación valorativa con respecto a lo que la persona es para sí misma o para algo distinto; sólo perfila la valoración excesiva dada ao concepto de sujeto, es decir, la tesis da subjetividad e la conciencia. Los sistemas sociales no tienen en la base ‘al sujeto’ sino al entorno, y tener em la base solo quiere decir que existen condiciones previas del proceso de diferenciación de los sistemas sociales que no pueden a su vez ser diferenciadas (entre ellas las personas como portadoras de conciencia)” (LUHMANN, 2002, p. 173).

⁴⁷ Sobre a polémica gerada por essa exclusão metodológica do homem do conceito de sociedade luhmanniano: (IZUZQUIZA, Iganacio. **La Sociedad sin hombres: Niklas luhmann o la teoría como escándalo**, Barcelona: Antrophos, 1990).

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. La clausura operacional de los sistemas psíquicos y sociales. *In*: FISCHER, H. R.; RETZER, A.; SCHWEIZER, J. (Comp.). **El final de los grandes proyectos**. Traducción por Javier Legris. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 118-9.

A identificação de fases na teoria de Niklas Luhmann não tem o escopo de implicar rupturas do seu pensamento.⁴⁹ Na verdade, ocorre senão pela preocupação de destacar o momento de inserção da teoria da autopoiese nos seus trabalhos. Por conseguinte, a “segunda fase” de Luhmann pode ser identificada a partir da recepção de sua teoria da sociedade de estruturas teóricas advindas dos estudos desenvolvidos por dois biólogos chilenos, Humberto R. Maturana e Francisco Varela.

O fio condutor das pesquisas realizadas por Maturana e Varela pode ser fielmente resumido em uma pergunta: o que é um ser vivo? Durante anos, a biologia acumulou teorias que almejavam abranger a complexidade constituinte da resposta dessa pergunta.

Notadamente, na linha dessas perquirições, mas cientes do fracasso das teorias anteriores – que procuraram responder a essa pergunta empilhando no “ser vivo” características como locomoção, reprodução, crescimento etc. –, o trabalho dos biólogos chilenos chega à seguinte posição: “Se não podemos fornecer uma lista que caracteriza o ser vivo, por que então não propor um sistema que, ao funcionar, gere toda a sua fenomenologia?”⁵⁰

O que Maturana e Varela propõem é observar a vida como uma organização, ou seja, a idéia de um sistema representaria uma forma organizacional específica, capaz de operacionalizar processos constitutivos de unidade e, conseqüentemente, autonomia. Essa organização foi denominada de autopoiesis.

Nas palavras dos cientistas chilenos,

[...] é claro que o fato de que os seres vivos têm uma organização não é exclusivo deles, mas sim comum a todas as coisas que podem ser investigadas como sistemas. Entretanto, o que lhes é peculiar é que a sua organização é tal, que seu único produto são eles mesmos. Donde se conclui que não há separação entre produtor e produto. O ser e o fazer de

⁴⁹ Embora se reconheça a sua crescente desvinculação do pensamento parsoniano, como bem destacou Leonel Severo Rocha (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2005, p. 31).

⁵⁰ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Traduzido por Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2003. p. 56.

uma unidade autopoietica são inseparáveis, e isso constitui seu modo específico de organização.⁵¹

Com a inovação do conceito de autopoiesis, introduzido por Maturana e Varela em relação aos sistemas vivos, Luhmann transporta esse conceito para os demais sistemas em que se pode observar um modo de operação exclusivo, notadamente, os sistemas sociais e os sistemas psíquicos.

Como já enfatizado, a operação básica do sistema social é a comunicação, e as operações básicas dos sistemas psíquicos são os pensamentos.⁵² Nesse quadrante, a comunicação dos sistemas sociais se reproduz através de comunicação, ao passo que os pensamentos se reproduzem por intermédio de pensamentos. Portanto, fora do sistema social, não há comunicação e, fora do sistema psíquico, não há pensamento.

É possível asseverar que ambos os sistemas operam de forma fechada – clausura operativa –, isto é, no sentido de que suas operações internas é que produzem os novos elementos que integrarão os respectivos sistemas; portanto, esses novos elementos dependem de operações anteriores dos referidos sistemas e são, ao mesmo tempo, as condições para as futuras operações.

Sobre clausura operativa, sustenta Luhmann:

⁵¹ MATURANA; VARELA, p. 56-7.

⁵² De forma resumida, pode-se descrever o *modus operandi* dos sistemas psíquicos (pensamentos) da seguinte maneira: “Los sistemas psíquicos o conciencias representan, junto con los sistemas sociales y los sistemas vivos, uno de los três niveles de constiución de autopoiesis. Las operaciones de la conciencia son los pensamientos, que se reproducen recursivamente en una redicula cerrada, sin contacto con el entorno: no existe ninguna posibilidad de insertarse directamente en el flujo de pensamientos de una conciencia, pero se puede solo observada desde el exterior, en los modos y en las formas del observador implicado de vez en cuando. La conciencia en cuanto sistema cerrado es inaccesible aun para otros sistemas atopoiéticos: ni la comunicación son capaces de determinar el flujo de pensamientos, sino solo son capaces de ofrecer algunos estímulos que la conciencia es libre de elaborar en las próprias estructuras. La sociedad pertenece al entorno del sistema psíquico, y las relaciones entre los niveles de autopoiesis toma la forma de interpenetración. La socialización delas conciencias no se realiza a través de una intervención desde el exterior, sino exclusivamente como autosocialización: el sistema psíquico utiliza alguns estímulos que provienen del ambiente para reespecificar las próprias estructuras específicamente comunicativas: se construyen para este fin las unidades de las personas” (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. Traducción por Miguel Romero Pérez, Carlos Villabos e Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, Antrophos, 1996. p. 151).

La clausura operativa significa únicamente que la autopoiesis del sistema solo puede ser efectuada con operaciones propias, que la unidad del sistema solo puede ser reproducida con operaciones propias. Y también, a la inversa: que el sistema no puede operar en su entorno, por lo que tampoco posee la capacidad de vincularse a su entorno a través de operaciones propias.⁵³

Por conseguinte, esse fechamento é a base da autonomia do sistema, ou seja, nenhum sistema consegue operar fora de seus limites. O limite entre o sistema/ambiente marca a unidade da forma e, por isso, não deve ser concebido nem de um lado, nem de outro lado.

A concepção de limite está relacionada diretamente com a distinção entre sistema aberto e sistema fechado, percebendo ambos os tipos não como contrários um do outro, mas sim, como complementares. Mais do que isso, a distinção sistema/ambiente é responsável por uma desontologização da própria concepção de objeto e da compreensão caracterizadora de seus limites.

Nas palavras de Luhmann,

[...] todo lo que existe pertenece siempre, a sua vez, a un sistema (o a varios sistemas) y al entorno de otros sistemas. Cada determinación presupone un acto de reducción, y cada observación, descripción y conceptualización de lo determinado exige una indicación referencial al sistema en donde algo está determinado como momento del sistema o como momento de su entorno. Cada cambio en un sistema significa un cambio en el entorno de otros sistemas; cada aumento de complejidad en un punto conlleva aumento de complejidad del entorno para todos los demás sistemas.⁵⁴

Dentro de seus limites, os sistemas sociais se apresentam como operacionalmente fechados, apesar de continuarem abertos no sentido termodinâmico.⁵⁵ Assim, a relação sistema/ambiente é caracterizada por um

⁵³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Traducción por Javier Torres Nafarrate. México: Iberoamericana, 2002. p. 507.

⁵⁴ LUHMANN, 1998, p. 173.

⁵⁵ Quer dizer que estão expostos a um fluxo energético, representado pelas informações provindas do ambiente.

acoplamento estrutural,⁵⁶ que está relacionado com a autopoiesis do sistema. Conseqüentemente, um sistema possui estrutura determinada e auto-regulativa, não podendo ser afetado diretamente pelo ambiente. Essa circunstância serve para estimular operações internas próprias do sistema, cujos resultados, na maioria das vezes, não são previsíveis, mas contingentes.

Desse modo, um sistema autônomo é independente do seu ambiente no que diz respeito à estrutura básica da sua orientação interna e à forma de processar complexidade, mas depende do seu ambiente no que diz respeito a dados e constelações que servem como base de informação (irritação) para o sistema.

A idéia de acoplamento estrutural também decorre da teoria biológica de Maturana, com a tarefa de indicar como sistemas autopoieticos, operacionalmente fechados, podem existir num ambiente que, por um lado, é pré-requisito da autopoiesis do sistema e, de outro, não intervém nesta autopoiesis, como acentua Luhmann:

Por el contrario, se habla de acoplamientos estructurales cuando un sistema supone determinadas características de su entorno, confiando estructuralmente en ello – por ejemplo, en que el dinero, en general, se acepte, o que uno pueda esperar que las personas sean capaces de determinar la hora. En consecuencia, también el acoplamiento estructural es una forma, una forma constituída de dos lados; con otras palabras: una distinción. Lo que incluye (lo que se acopla) es tan importante como lo que excluye. Las formas del acoplamiento estructural son, por lo tanto, restrictivas y facilitan con ello la influencia del entorno sobre o sistema.⁵⁷

Como já enfatizado, o ambiente não contribui para nenhuma operação interna do sistema, contudo pode irritar. Todavia, essa irritação somente acontece quando os efeitos do ambiente aparecem no interior do sistema como informação e podem ser processados como tal.

⁵⁶ A ligação do sistema com o seu ambiente – o seu metabolismo energético em forma de informação – se dá por um processo chamado acoplamento estrutural, que será analisado de forma mais profunda, no decorrer do presente trabalho.

⁵⁷ LUHMANN, 2002, p. 508-9.

As irritações também são construções internas, que resultam de uma confrontação dos eventos com as estruturas próprias do sistema; portanto, não existem irritações no ambiente do sistema. A irritação é sempre uma auto-irritação, partindo eventualmente de eventos do ambiente.

Nessa linha de pensar, afirma Luhmann:

Así, en el sistema mismo los acoplamientos estructurales solo pueden suscitar irritaciones, sorpresas y perturbaciones. Los conceptos de “acoplamiento estructural” y de “irritación” se encuentran condicionados entre sí de manera recíproca. También la irritación es una forma de percepción del sistema; más precisamente, una forma de percepción sin un correlato en el entorno. El entorno mismo no es irritar el sistema y solamente un observador puede formular la afirmación de que “el entorno irrita el sistema”. El sistema mismo registra la irritación solamente en la pantalla de sus propias estructuras – por ejemplo, en la forma del problema acerca de quién tiene la razón en caso de conflicto. Las anomalías, las sorpresas, los engaños, suponen – como marco de referencia en el que hacen su aparición – expectativas, i.e., estructuras que son resultado de la historia del sistema. El concepto de irritación no contradice las tesis de la clausura autopoietica y la determinación estructural del sistema: más bien, las supone.⁵⁸

Notadamente, a sociedade é entendida como um sistema autopoietico de comunicação, logo, composta por atos de comunicações que geram novos atos de comunicações. A partir do circuito de comunicação geral, desenvolvem-se e diferenciam-se circuitos comunicativos específicos. Alguns deles atingem um elevado grau de autonomia, a ponto de se transformarem em sistemas autopoieticos de segundo grau, isto é, em subsistemas sociais, como é o caso do subsistema jurídico.

Diante disso, os subsistemas sociais constituem-se em unidades que operam em uma clausura operacional, contudo, também operam em abertura informacional-cognitiva em relação ao respectivo ambiente envolvente.

⁵⁸ LUHMANN, 2002, p. 510.

A consequência dessa comunicação gera o nascimento de operações próprias que, por sua vez, geram comunicações próprias internas criando um outro circuito de comunicação que atinge uma clausura autopoietica, ou seja, num segundo momento, começa a operar um novo sistema, isto é, um subsistema que possui, no seu sistema originário (no caso o sistema social), o seu ambiente. Logo, esse novo subsistema cria um código binário próprio e adequado às suas expectativas internas.

Referente a essa questão da autonomização de círculos comunicativos autopoieticos ou, caso se prefira, da organização/formação de novos sistemas, é inobjetoável a necessidade de se registrar a diferença do pensamento de Gunther Teubner frente à concepção luhmanniana, especialmente no que concerne à autopoiesis jurídica.

A constituição da autopoiesis do sistema jurídico em Luhmann segue, de certa maneira, a conceituação advinda da Biologia de Maturana e Varela, isto é, a autopoiesis possui uma rigidez inflexível. Para Luhmann, um sistema reproduz a si próprio ou não reproduz a si próprio; equivalendo a dizer: ele (sistema) “existe”, logo, é autopoietico, ou ele (sistema) não “existe”, logo, não realiza a autopoiesis. Portanto, não existe espaço para gradações dentro da forma autopoietica para Luhmann.

Contudo, Teubner⁵⁹ parte para uma observação gradativa da autopoiesis, afirmando ser possível encontrar graus de autonomia na evolução do subsistema jurídico, como a presente figura pretende retratar:

⁵⁹ Gráfico retirado de: TEUBNER, 1989, p. 78.

Figura 1 – Graus de autonomia jurídica

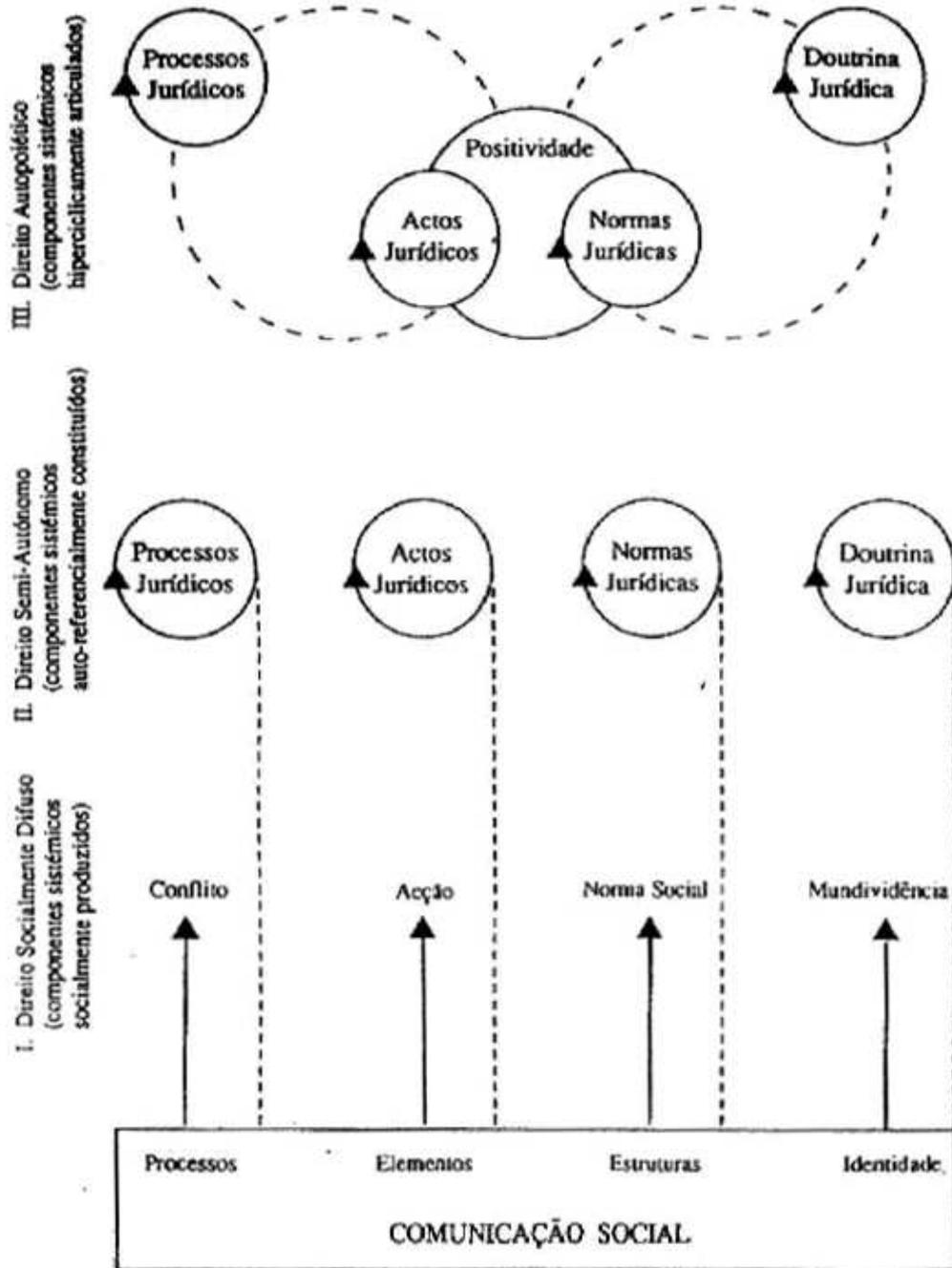


Fig. 1 — Graus da Autonomia Jurídica.

Fonte: TEUBNER, 1989, p. 78.

Nas suas palavras,

auto-referência e autopoiesis podem tornar-se, neste contexto, critérios precisos para a caracterização desses sucessivos graus ou etapas de autonomia – o que, no entanto, só é viável caso se opte por uma perspectiva algo mais elaborada e complexa da autopoiesis jurídica do que é proposta por Luhmann, podendo, para tal efeito, servirmo-nos da noção de hiperciclo [...]⁶⁰

O hiperciclo defendido por Teubner procura explicar que o subsistema jurídico adquire autonomia na medida em que consiga constituir seus elementos – entendidos aqui como ações, normas, processos, identidade – através de ciclos auto-referenciais. O sistema só passaria para um estágio de autonomização autopoietico quando seus componentes, formados ciclicamente, articulam-se entre si, constituindo, então, o chamado hiperciclo.

Em razão disso, pode-se afirmar que o subsistema jurídico é um sistema autopoietico de segunda geração. Gunther Teubner, precisamente, define assim o subsistema jurídico:

O sistema jurídico dos nossos dias pode ser visto como um sistema autopoietico de segundo grau. Trata-se de um sistema constituído por actos de comunicação particulares gravitando em torno da distinção “legal/ilegal”, que se reproduzem como actos jurídicos a partir de actos jurídicos. Tais actos comunicativos são regulados por expectativas jurídicas especializadas (que coordenam os processos sistêmicos internos da reprodução daqueles) e definem, graças a sua especialização “normativa”, as fronteiras do próprio sistema jurídico.⁶¹

Por conseguinte, os diversos ramos do Direito podem ser entendidos como subsistemas parciais do Direito, os quais, também operam através da comunicação e se diferenciam por possuírem códigos⁶² secundários específicos. Nesse sentir, os subsistemas parciais do Direito decorrem da diferenciação funcional, isto é, “[...] a

⁶⁰ TEUBNER, 1989, p. 58.

⁶¹ *Ibidem*, p. 140.

⁶² O conceito de codificação terá seu desenvolvimento realizado em tópico específico na presente Tese.

diferenciação funcional cria sistemas sociais parciais para resolução de problemas sociais específicos”.⁶³

Sendo assim, por exemplo, a estrutura do subsistema parcial do Direito Penal pode ser definida a partir de um subsistema jurídico que opera através de um código binário específico que pode ser identificado como crime/não-crime, ao passo que o subsistema parcial do Direito Tributário pode operar por intermédio de outro código binário específico: tributável/não-tributável etc.

Em área como a do subsistema parcial do Direito Penal,⁶⁴ existe uma série de problemas estruturais, provocados pelo fato de se comunicar com diferentes subsistemas parciais do Direito, como acontece com os subsistemas parciais do Direito Constitucional, do Direito Tributário, Direito Administrativo etc. A complexidade de tal relação decorre do fato de que cada um dos vários subsistemas parciais do Direito possui códigos e programações próprios.

Porquanto, é preciso observar um novo tipo de acoplamento estrutural entre esses subsistemas parciais do Direito, para que se possa gerar uma comunicação jurídica adequada à hipercomplexidade e, assim, produzir uma perfeita (re)estruturação de um novo tipo de sistema social e, conseqüentemente, de um eficaz subsistema jurídico.

A velocidade com que a sociedade pós-moderna evolui gera uma hipercomplexidade social e torna o subsistema jurídico atual sem eficácia temporal. O subsistema jurídico atual não consegue trabalhar com a complexidade e a dupla

⁶³ De forma completa, afirma-se que “[...] a diferenciação funcional cria sistemas sociais parciais para a resolução de problemas específicos. As colocações de problemas relevantes modificam-se e são apuradas ao longo do desenvolvimento social, possibilitando diferenciações crescentemente abstratas, condicionantes de arriscadas em termos estruturais, como, por exemplo, sistemas não só de obtenção, mas também de distribuição de recursos econômicos, não apenas para objetivos obrigatórios como criar filhos e defesa, mas também para objetivos optados como a pesquisa e até a pesquisa da pesquisa; não só para a educação, mas também para a pedagogia; não só para o estabelecimento de decisões vinculativas, mas também para a sua preparação política; não só para a justiça, mas também para a legislatura. A conseqüência essencial disso é uma superprodução de possibilidades que só podem ser parcialmente realizadas, exigindo, então, cada vez mais o recurso a processos de seleção consciente. As perspectivas funcionais abstraídas dos sistemas parciais dinamizam a sociedade como um todo” (LUHMANN, 1983, p. 225).

⁶⁴ A devida problematização do subsistema parcial do Direito Penal, na perspectiva da teoria dos sistemas sociais luhmanniana, será realizada no decorrer dos próximos capítulos.

contingência decorrentes da sociedade de risco hodierna, ou seja, gerar a complexidade exigida pela atual complexidade social.

Nesse quadrante, o atual subsistema jurídico ainda busca desenvolver “métodos” para explicar o Direito, ou melhor, opera numa base normativista atrelada a uma dogmática ultrapassada.⁶⁵ A complexidade da sociedade, rapidamente crescente na era atual, apresenta novos problemas e configurações a todas as esferas do sentido e, portanto, também ao próprio Direito.

Por essa forma, a teoria dos sistemas sociais é a que tem como objeto de estudo os sistemas autopoieticos sociais. O principal fator em comum entre os sistemas sociais é o fato de que – como já se afirmou – a sua operação básica é a comunicação. Porquanto, a comunicação é a única operação genuinamente social; ela é autopoietica, pois somente pode ser criada no contexto recursivo das outras comunicações. Logo, uma teoria jurídica que se lance na prerrogativa de atender à complexidade da mutabilidade social não pode esquivar-se da operacionalização da principal característica desta sociedade: sua existência com dimensão comunicativa.

A sociedade marca os limites da complexidade social, limitando as possibilidades que podem ser efetivadas na comunicação. Dessa maneira, os sistemas sociais se formam para reduzir a complexidade e construir o mundo. O mundo, que representa a unidade entre sistema e ambiente, é que contém todos os sistemas e todos os ambientes.

Diante desses argumentos, basicamente, Luhmann passa a definir sistema social como um sistema autopoietico, operacionalmente fechado e auto-

⁶⁵ Como descreve Leonel Severo Rocha, “[...] a teoria jurídica normativista, que ainda é a base da racionalidade do Direito, deriva de um contexto histórico bem preciso. É uma teoria que se origina e se fundamenta na forma de uma sociedade que chamamos de modernidade. É uma teoria jurídica da modernidade, e o significado mais lapidar que se pode dar à expressão modernidade seria aquele de período, de uma fase, em que há uma grande crença numa certa idéia de racionalidade, e essa racionalidade desenvolveu, principalmente, numa dinâmica que se chama normativismo. Então, tem-se hoje em plena forma de sociedade globalizada ainda uma teoria jurídica originária da modernidade presa à noção de Estado e de norma jurídica. [...] Desta maneira, quando se ingressa numa nova forma de sociedade globalizada, ou pós-moderna, o problema é o fato de que qualquer perspectiva mais racionalista ligada ao normativismo e ao Estado se torna extremamente limitada” (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2005, p. 14).

referenciado, ao passo que a sociedade passa a ser caracterizada pela complexidade e pela diferenciação funcional.

2.3.1 Sociedade e diferenciação funcional

O sistema social não surge de uma concordância de opinião ou de uma ação, nem de uma interação que harmonize interesses e intenções de diversos atores. Como bem pontua Luhmann,

[...] la sociedad y la interacción son dos sistemas sociales distintos. La sociedad garantiza la cerradura plena de sentido y autorreferencial de acontecimientos comunicacionales; es decir a cada interacción le garantiza la capacidad de inicio y de finalización, así como el enlace de su comunicación. En los sistemas de interacción se presencia actúan sobre presentes y los motivan a renunciar a su propia libertad en favor de determinadas restricciones. Por consiguiente, la sociedad no es posible sin interpenetración y viceversa. Pero no se funden ambos sistemas; son indispensables uno para el otro en su diferencia.⁶⁶

Essa concepção luhmanniana de sociedade tem seu ponto de partida bem forjado na análise feita por Juan Antonio Garcia Amado, *in verbis*:

Hablar de sociedad es hablar de sistema, de orden social, y preguntarse por las razones de ser de la sociedad equivale a plantear la pregunta que repetidamente aparece en Luhmann: ¿ como es posible el orden social? La respuesta a las preguntas de esta índole que jalonan su teoría nunca consistirá en la postulación de constantes o presupuestos ontológicos, ni de ningún tipo de principios apriorísticos de razón. No hay más constancia que la del 'problema', cuya imposible disolución es la condición de la evolución de las soluciones posibles, la razón de ser de la sociedad como orden histórico emergente y mutable. El problema desencadeante de la génesis y mantenimiento del orden social se designa en Luhmann con conceptos estrechamente relacionados: complejidad y doble contingencial.⁶⁷

⁶⁶ LUHMANN, 1998, p. 373.

⁶⁷ AMADO, Juan Antonio Garcia. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 103-4.

Sem a solução do problema da dupla contingência,⁶⁸ nenhuma ação emerge, porque falta a possibilidade de sua determinação. O sistema social tem por base a incerteza; a necessidade de controlá-la é o que leva os sistemas a se resguardarem através de estruturas, que acabam por informar o comportamento adequado para cada situação, de forma a absorver essa incerteza da dupla contingência. Os subsistemas sociais para se formarem necessitam, como condição indispensável, da solução da dupla contingência, necessitam de que os sistemas psíquicos operem em sintonia, isso porque a seleção de uma ação é pré-condição para a seleção de uma outra e assim sucessivamente.

A gênese de um sistema é a sua operação de diferenciação, isto é, “[...] el punto de partida de cualquier análisis teórico-sistémico debe consistir en la diferencia entre sistema y entorno”.⁶⁹ É uma demarcação inicial que viabiliza a constituição de sentido (*unmarked space*), e põe em marcha processos auto-referenciais que produzem a identidade do sistema, a partir de uma operacionalização específica da complexidade (*order from noise*).

Na história do desenvolvimento da sociedade, Luhmann identificou quatro formas de diferenciação, notadamente: (I) diferenciação segmentária; (II) diferenciação centro/periferia; (III) diferenciação estratificadora e (IV) diferenciação funcional. A diferenciação segmentaria representa um estágio na sociedade de equiparação dos subsistemas sociais, tendo como critérios de distinção a descendência (pertencer à determinada tribo, clã, família), e a localização

⁶⁸ O conceito de dupla contingência foi instigantemente aprofundado por Jean Clam: “Na compreensão parsoniano-luhmanniana da dupla contingência, a duplicação da contingência da relação inter-humana bipolar não constitui uma característica específica da comunicação moderna ou moderna tardia. Trata-se de um momento estruturador, generativo, da comunicação como tal. Isso significa que a comunicação sempre está fundada no fato de que seus participantes não estão em condições de penetrar experimentalmente nas respectivas vivências uns dos outros. O *Ego* não consegue se imbuir da consciência do *Alter* e vivenciar em si mesmo o estado de espírito, os desejos e as condições que o próprio *Alter* vivencia quando se encontra com *Ego* – quer ele faça isso verbalmente ou pela presença muda, quer ele se contraponha frontalmente ao *Ego* ou o evite e se recolha para dentro de si mesmo. A comunicação está baseada, portanto, na não-transparência mútua dos seus participantes. Trata-se de uma operação *sui generis*, que funda uma das mais importantes autopoieses e as articula em torno das autopoieses da vida e da consciência. A dupla contingência é, então, em contraposição à contingência como eu a defino, uma característica específica de uma estrutura geral da comunicação social como tal e não a característica específica de uma estrutura paradigmática de comunicação epocal” (CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da Sociedade:** contingência, paradoxo, só-efetuação. Traduzido por Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 75).

⁶⁹ LUHMANN, 1990, p. 39.

habitacional (aldeias), podendo até mesmo cumular os dois critérios.⁷⁰ Nesse período, a assimilação/produção de complexidade era muito limitada, justamente por sua restrita capacidade seletiva.

No caso da diferenciação centro/periferia, Luhmann identifica a inserção de uma hierarquia na diferenciação da sociedade, gerada pela quebra da norma de reciprocidade, como bem descreveu Giancarlo Corsi:

El cambio de la estructura de la sociedad surge a partir de la infracción de tal norma. Ya sea que suceda como consecuencia de contactos entre etnias diversas o debido a cambios iternos, algunas familias se vuelven más ricas que las otras y ya no es posible una reciprocidad que reconduzca a la igualdad. Estas desviaciones con respecto a la igualdad se muestran ventajosos.⁷¹

Essa distinção centro/periferia possibilita uma difusão maior da comunicação; conseqüentemente, um enriquecimento da complexidade social. Basta que se efetue uma observação dos grandes impérios surgidos ao longo história da sociedade, que demarcaram critérios sociais como civilizado/não civilizado, setorializando o poder.⁷²

Num terceiro momento, é possível referir-se à complexificação⁷³ de outra diferenciação do sistema social, isto é, ao surgimento da sociedade estratificada. Essa diferenciação se caracteriza pela intensificação da desigualdade, encontrando,

⁷⁰ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoria da la sociedad**. Traducción por Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, Javier Torres Nafarrate. México: Universidad de Guadalajara, Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993. p. 288.

⁷¹ CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 59.

⁷² Com relação ao conceito de poder em Luhmann, deve-se registrar que “[...] encontramos inicialmente a idéia de que poder seja a ação de efeitos contra uma possível resistência, por assim dizer, uma causalidade sob condições desfavoráveis. [...] É possível perguntar, no caso de o poder dever ser um processo causal, pelos fundamentos não-causais da causalidade; no caso de ser uma troca, pelos fundamentos não-permutáveis da troca; no caso de ser um jogo entre adversários, pelos fundamentos não-jogáveis do jogo. Esta técnica de questionamento permite chegar à sociedade como condição de possibilidade do poder. Ela busca uma teoria do poder através de uma teoria da sociedade” (LUHMANN, Niklas. **Poder**. Traduzido por Martine Creusot de Rezende Martins e Estevão de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. p. 3-4).

⁷³ Ao analisar a distinção construída por Luhmann, afirmou Corsi: “La estratificación admite un nivel de complejidad más elevado en la sociedad con respecto a las estructuras anteriores, en virtud de la acumulación de capacidad seletiva en el estrato superior. El patrimonio conceptual importante se produce en el estrato superior (en el cual sólo, entre todos, está disponible el uso de la escritura), mientras en el estrato inferior está comprometido con los problemas cotidianos de subsistencia. Del tal modo, el estrato superior es el que produce la autodescripción de la sociedad” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 60).

na forma nobreza/povo comum, sua materialização ideal.⁷⁴ É nessa sociedade estratificada – onde se alcançam níveis inabarcáveis de complexidade – que irão aparecer os sistemas parciais autopoiéticos, especificados em torno de uma diferenciação funcional.

A utilização de análises funcionais remonta à tentativa de aplicação nas ciências sociais de noções desenvolvidas, a princípio, no campo das ciências biológicas. O termo função possui, na sociologia, pelo menos três significações tradicionais reconhecidas, como resumidamente descreve Schwartzemberg:

A significação comum. – Antes de mais, pode designar uma profissão, um emprego, um posto. Dir-se-á, por exemplo, que certo universitário foi chamado à função de reitor, que certa personalidade foi promovida a nova função, etc. Num sentido próximo, é o conjunto de tarefas que incumbem ao que ocupa determinado posto. [...] A significação de ordem matemática. – A função designa então a relação existente entre dois ou mais elementos, de modo que toda e qualquer alteração introduzida em um provoque uma modificação no outro ou nos outros, e forçando-o (os) a uma adaptação. Desta forma, o que é de sublinhar é a ligação entre os elementos, a interdependência que os afeta. [...] A significação de ordem biológica.- A função é portanto a contribuição que um elemento leva à organização ou à ação de conjunto de que faz parte. Assim definida, a noção provém da biologia, do estudo do organismo vivo. Tal como as funções indispensáveis, vitais para o corpo humano (função respiratória, função digestiva, etc.), assim existem funções que contribuem para a organização, para a manutenção e a atividade da sociedade.⁷⁵

Mesmo se reconhecendo a forma ímpar com que Luhmann se vale da idéia de função para arquitetar sua teoria social, o uso do conceito de função, como se depreende da citação acima, não lhe outorga ineditismo no campo sociológico. Muito pelo contrário, a manutenção do termo função na em sua teoria rendeu a Luhmann o *status* de mais um alvo dos críticos⁷⁶ do funcionalismo.

⁷⁴ LUHMANN; GIORGI, 1993, p. 288.

⁷⁵ SCHWARTZEMBERG, Roger-Gérard. **Sociologia Política**: elementos de ciência política. Traduzido por Domingos Mascarenhas. São Paulo: Difel, 1979. p. 141-2.

⁷⁶ A manutenção do funcionalismo no discurso sociológico, nas suas mais diversas concepções, recebeu contundentes críticas nos últimos anos, como a de Lewis A. Coser: “Como costuma ser o caso na história da ciência, quando uma nova abordagem, método ou teoria é publicado, os que a ela são introduzidos parecem sentir que a nova coisa é capaz de explicar tudo que existe sob sol. Os primeiros freudianos tendiam a ver simbolismo sexual nos zepelins ou nos charutos havana, e os primeiros analistas funcionais acreditavam que tudo devia ter necessariamente uma função” (COSER, Lewis A. Funcionalismo. *In*: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (orgs.). **Dicionário do pensamento social do Século XX**. Traduzido por Álvaro Cabral e Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996. p. 327).

Contudo, é inegável que, na teoria luhmanniana, a concepção funcional atinge uma sofisticação congruente com a sociedade complexa que pretende observar. É a reconstrução funcional-estruturalista de Luhmann que explica o surgimento de cada subsistema como unidade. A diferenciação funcional dos sistemas autopoieticos justifica a manutenção de limites de sentido, orientando o seu fechamento operativo e constituindo, assim, suas fronteiras noéticas através de uma permanente diferenciação em relação ao seu ambiente. Em outros termos, é a soberania reprodutiva do sistema viabilizadora de sua autonomia, ou seja, sua imanente recursividade.

Todavia, Luhmann reconhece a dificuldade em se determinar pontualmente o início do processo de diferenciação e, conseqüentemente, do surgimento de uma função sistêmico-social. Entretanto, entende-se que o relevante é o fato de que, em certo momento, a recursividade da reprodução autopoietica começa a compreender-se a si mesma, ou seja, ela organiza fechamentos de sentido na comunicação social. Em outras palavras, a comunicação adquire uma proficiência tal que especifica e autonomiza campos de criação/resolução de problemas sociais, orientados por funções. É o momento em que, como ministra Luhmann, “[...] la política sólo cuenta la política, para el arte solo el arte, para la educación sólo la predisición y la disponibilidad para el aprendizaje, para la economia sólo el capital y la utilidad”.⁷⁷

A observação da diferenciação funcional equivale a descrever a partir de quando existe a Ciência, a Economia, a Política, a Educação, a Arte, a Economia e, principalmente, o Direito, o que se passa a analisar no próximo ponto.

⁷⁷ LUHMANN; GIORGI, 1993, p. 326.

2.3.2 Subsistema jurídico: da norma à expectativa

Durante muito tempo, a teoria do Direito buscou confeccionar um conhecimento que fosse capaz de tornar o Direito uma ciência. Basta fazer remissão ao lamento de Pontes de Miranda,⁷⁸ em seu Sistema de Ciência Positiva do Direito, *ut infra*:

À medida que conhecemos, simplificamos o nosso saber: e à simplicidade dos métodos científicos corresponde simplificação da matéria jurídica. A passagem dos processos subjetivos para os objetivos importa extraordinária vantagem na economia do pensamento e, como a ciência do Direito auxilia e pode presidir à cristalização dele, proverá ela à própria depuração dos dados que irão servir de estudo e verificação experimental. Isto, que, para o subjetivismo, seria empecilho, toldamento do assunto, duplo inconveniente, pela constante inserção de elemento heterogêneo na substância social, é, para o objetivismo científico, harmonia e rigor, precisão e clareza: guiam-se os fatos com os próprios princípios que se regem e insere-se nas leis, nas relações jurídicas, o que se extrai das próprias leis e relações. Dá-se apenas a utilização prática da Ciência, por processo idêntico ao do aproveitamento de energia elétrica, do magnetismo, do calor, do frio. Quem percorre, de uma lado, os progressos e conquistas das ciências físicas e, de outro, os das ciências sociais, não pode deixar de entristecer-se. O direito continua a ser elaborado e explicado com os métodos dos tempos romanos e da Idade Média.⁷⁹

⁷⁸ Em effet, Pontes de Miranda est “à l’origine de la première dela première tentative de réalisation d’une sociologie du droit au Brésil, principalement par la publication de son Sistema de Ciência Positiva do Direito em 1922, et par son Introdução a Sociologia Geral (1926). Dans ces deux textes, il cherche à élaborer une science du droit, à partir des contributions du néopositivisme logique”. ROCHA, Leonel Severo. Le destin d’un savoir: une analyse des origines de la sociologie du Droit au Brésil. *In: Droit et Société*, n.8, 1988. p. 120. “Em uma leitura das possibilidades sociológicas do pensamento de Pontes de Miranda, bem relata Leonel Severo Rocha: Com efeito, Pontes de Miranda está na origem da primeira tentativa de realização da sociologia do Direito no Brasil, principalmente pela publicação do seu Sistema de Ciência Positiva em 1922, e por meio da Introdução a Sociologia Geral (1926). Destes dois textos, ele procura elaborar uma ciência do Direito, a partir das contribuições do neopositivismo lógico” (Tradução do autor).

⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo I. p. 58-9.

Contemporaneamente, pode-se citar como “frutos” dessa queixa de Pontes Miranda,⁸⁰ no que se referia à fixação de postulados mais científicos na produção do Direito, autores como Hans Kelsen, com sua teoria pura do direito,⁸¹ Norberto Bobbio e a sua teoria do ordenamento jurídico,⁸² e Herbert Hart, com a jurisprudência e a regra de reconhecimento, ambas retratadas no livro *O Conceito de Direito*.⁸³

Na atualidade, as concepções teóricas dominantes sobre o Direito são oriundas de matrizes epistemológicas baseadas em um pressuposto sintático-semântico, atreladas a uma Filosofia Analítica. Em termos gerais, a Filosofia Analítica pode ser caracterizada por ter como idéia básica a concepção de que a Filosofia deve realizar-se pela análise minuciosa da linguagem. Como bem

⁸⁰ O ineditismo do aspecto transdisciplinar de Pontes de Miranda no Direito é bem percebido por Rocha: “Pontes de Miranda, então de uma maneira surpreendente, para quem não teve a oportunidade de ler este livro, às vezes não entendido pelos juristas, introduz o Direito dentro do marco teórico das principais disciplinas científicas de sua época, vendo-o como um sistema social positivo. Ele igualmente relaciona, com ênfase, o Direito com a sociologia, na sugestiva linha de Gabriel Tarde, que valoriza a idéia de repetição, dizendo que a sociedade tem que ser analisada a partir da idéia de repetição. Sociedade é repetição, pressuposto interessante até hoje. Pontes de Miranda também se inspira na geometria dizendo que é preciso que ela também seja aplicada para o conhecimento, ressaltando que se tratava de uma geometria não Euclidiana, isto é, uma geometria baseada na idéia de imprevisão, que não há uma certeza absoluta. A famosa lei euclidiana de que duas retas paralelas não se encontram jamais, foi retificada e relativizada a partir do momento em que se provou que, dependendo do tempo e do espaço duas retas se encontram. Cito esta obviedade para informar a atualidade neste momento da geometria defendida por Pontes de Miranda. Ele também insiste na concepção de que é necessária uma linguagem matemática dentro da ciência. Na biologia ele aprofunda, como eu já dei a entender, o evolucionismo do Darwin, e na física, ele é um dos primeiros a introduzir a física de Einstein (um dos homenageados neste evento). Como se depreende, posso dizer que no Direito, o primeiro jurista a falar em Einstein de maneira voltada ao entendimento dessa área do conhecimento foi Pontes de Miranda, possuindo, por todos os motivos indicados supra uma concepção quais transdisciplinar de Direito. Nesta linha de raciocínio, observa-se que a tentativa de se usar um pensamento mais avançado (transdisciplinar) para a construção do sistema do Direito, não é nenhuma novidade. O grande problema que todos imaginam que Pontes de Miranda enfrentou, e que continua sendo até hoje, é de como, a partir dessa perspectiva, influenciar o próprio Direito, aquele que nós chamamos de dogmática jurídica, o saber que é usado, e que é utilizado pelos operadores do Direito em suas diversas práticas. Pontes de Miranda enfrenta esse problema e pretende solucioná-lo, de uma maneira, para mim, um tanto decepcionante: ele o resolve voltando atrás um pouco nos seus raciocínios. Em resumo, em 1922, Pontes de Miranda, jurista, propõe uma análise a partir da física, da geometria, da matemática, mais avançada, para o Direito, porém, tem certas dificuldades, como se pode imaginar, para que seja utilizada no Direito” (ROCHA, Leonel Severo. *Sistema do Direito e Transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a Autopoiese*. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 182-183).

⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁸² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

⁸³ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

demonstrou Rocha,⁸⁴ ao aplicar as categorias semióticas de Carnap às matrizes jurídicas, a teoria analítica acentua sua reflexão na estrutura formal da linguagem (sintaxe), através da análise lógico-lingüística.

A radiografia crítica da Filosofia Analítica foi realizada, com ineditismo no Brasil, por Luis Alberto Warat e Leonel Severo Rocha, que, reforçando o entendimento anteriormente exposto, afirmaram:

O critério de significação estabelecido pelo Positivismo Lógico assume como sem sentido (para a ciência) aqueles enunciados que extrapolam as fronteiras do discurso fático, que não nos proporcionam uma função genuinamente informativa ou logicamente justificada. Observa-se, também, que a condição semântica de sentido, implicitamente, pressupõe uma condição sintática. É uma condição de sentido apoiada em uma noção de verdade, predominantemente semântica, mas que aceita indiretamente regras sintáticas.⁸⁵

Embora ainda dominante, a matriz analítica não tem condições de responder satisfatoriamente às atuais questões sociais, geradas pela hipercomplexidade da sociedade pós-moderna, nutrida pela globalização e pelo risco. Basta que se observem como os processos sociais de internacionalização crescente, a nova especificidade dos problemas jurídicos (meio ambiente, informática, engenharia genética, econômico-financeiro etc.) têm redefinido profundamente as formas de regulação social, conseqüentemente, o Direito.

A reflexão sobre sentido do Direito não pode mais ser desenvolvida, exclusivamente, a partir dos pressupostos teóricos advindos de um Estado

⁸⁴ Segundo Rocha, “[...] a filosofia analítica (teoria geral do direito) possui um vasto leque de aplicações. O projeto de construção de uma linguagem rigorosa para a ciência foi adaptado para o Direito, principalmente por Hans Kelsen e por Norberto Bobbio. Estes autores podem ser considerados neopositivistas, pois postulam uma ciência do Direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto Direito. Trata-se de uma metateoria do Direito, que, ao contrário, do positivismo legalista dominante na tradição jurídica (que confunde lei e direito), propõe uma ciência do Direito como uma metalinguagem distinta de seu objeto” (ROCHA, 2003, p. 91-2).

⁸⁵ WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 41.

normativista. Isso se deve pelo acentuado caráter parastatal que esses novos Direitos possuem, materializando-se com a crise do Estado Social.⁸⁶

Efetivamente, em uma visão mais ampla, a sociedade não pode mais ser compreendida a partir dos fundamentos e razões que originaram a revolução francesa (1789). Para se atender à complexidade à qual se está exposta, outros parâmetros de observação da forma do social devem ser privilegiados. Logo, positivamente, a sociedade vista como um sistema social – composto por comunicações, em que os sujeitos se apresentam como ambiente da sociedade, e não como componentes dela⁸⁷ –, caminha nessa demanda teórica evolutiva.

É como um desses processos de formação de subsistemas sociais, diferenciados funcionalmente, que emerge o Direito na sociedade. Portanto, torna-se pertinente repensar sobre a função do Direito, ou seja, em referência ao seu ambiente (sociedade), qual é sua especificidade? Qual é a complexidade que o subsistema jurídico é produto/produtor?

Com o escopo de responder a tais questionamentos, justifica-se a opção por uma observação sistêmico-luhmanniana, na identificação/construção de qual o problema que a sociedade, entendida como o sistema social, almeja operacionalizar mediante o processo de diferenciação de comunicações especificamente jurídicas.

Para tanto, deve-se compreender que, na teoria jurídica de Luhmann, o conceito de sistema deve ser afastado das concepções mais dogmáticas⁸⁸ sobre o Direito, uma vez que, para ele,

[...] por “sistema” no entendemos nosotros, como lo hacen muchos teóricos del derecho, un entramado congruente de reglas, sino un entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser

⁸⁶ ROCHA, 2003, p. 108.

⁸⁷ Sobre os homens, escreve Luhmann: “Los hombres, las distintas personas individuales, participan de todos estos sistemas sociales, pero no se incorporan del todo en ninguno de estos sistemas ni en la sociedad global. La sociedad no se compone de seres humanos, se compone de comunicaciones entre hombres” (LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Traducción por Fernando Valespín. Madrid: Alianza, 2002. p. 42).

⁸⁸ Como em CANARIS, Claus W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Traduzido por A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

comunicaciones – indenpedientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho. Eso significa entoces que el punto de partida no lo buscamos en la norma ni en una tipologia de los valores, sino en la distinción sistema/entorno.⁸⁹

Conceitos como controle social, inclusão, consenso, igualdade, valores – e demais estruturas conceituais que preenchem muitas vezes o discurso de definição do que vem a ser a função do Direito –, a partir da reconstrução sistêmica luhmanniana, recebem um tratamento diferenciado.

A problematização acerca da coordenação do social a partir do Direito – como uma espécie de funcionalismo imanente deste –, necessita para a sua melhor observação, da introdução da diferença função/prestação. Além da observação de uma função do Direito, é necessário distinguir as prestações que este sistema proporciona ao seu ambiente social, notadamente, as prestações que efetua a outros sistemas sociais.

Como foi referido no tópico anterior, a função surge da referência que faz ao sistema da sociedade, considerado como unidade. O subsistema jurídico é tratado como um sistema social que tem a função de garantir que se possa confiar em determinadas expectativas como expectativas, não como meros prognósticos de comportamento, como bem concluiu Nicola:

[...] o direito é definido funcionalmente como um sistema que utiliza as possibilidades de conflito para a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas. Ou ainda: o direito serve ao processamento de expectativas normativas capazes de se manter em situações de conflito. O que parece claro, nesta perspectiva, é que não se trata de reduzir a função do direito à consecução de um determinado fim, como o controle social do comportamento, mas de entendê-la como a aplicação de um princípio de seleção natural. Os sistemas autopoieticos não são orientados por uma teleologia, que é sempre introduzida por um observador. Ao nível de mera reprodução das operações – gênese da distinção entre direito e não-direito – o sistema é cego.⁹⁰

Todavia, a essa função podem ser relacionadas outras expectativas que advêm de prestações, com, por exemplo, o encaminhamento de comportamentos e

⁸⁹ LUHMANN, 2002a, p. 96.

⁹⁰ NICOLA, Daniela R. M. Estrutura e função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. *In*: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. p. 234.

a solução de conflitos. Para que se compreenda o desenvolvimento desses dois exemplos como de prestações, faz-se imperativa a vinculação aos equivalentes funcionais,⁹¹ isto é, observar a orientação do comportamento na qualidade de prestação que faz o Direito para outros sistemas funcionais. Trata-se de uma delimitação/produção das liberdades artificiais⁹² que podem ser condicionadas por outros sistemas sociais, ou seja, podem ser limitadas por outros sistemas sociais. Da mesma forma, dá-se a prestação de solucionar conflitos, uma vez que retrata a dependência da sociedade, no caso de um conflito, de seus sistemas sociais; que possa recorrer principalmente ao subsistema jurídico, que não só visa a resolver esses conflitos sociais, mas também construí-los.

A diferenciação que se observa entre função e prestação se dá no raio de ação dos equivalentes funcionais porque a orientação de comportamentos é operada por vários sistemas e de diversas maneiras. Contudo, para se garantir expectativas normativas, entende Luhmann que quase não há alternativa senão o Direito, eis que, na forma jurídica, ganham destaque somente casos excepcionais oriundos realmente de um desvio. Nas palavras de Luhmann,

⁹¹ Os equivalentes funcionais posicionam-se na concepção luhmanniana como uma decorrência crítica da axiomatização do monocausalismo nas ciências sociais, como observou Pilar Giménez Alcover, ao afirmar que Luhmann, “[...] en primer lugar acusa al causalismo de un certo determinismo ontológico. Intentar explicar un fenómeno social en base a sus efectos presupone, para Luhmann, una concepción determinista y metafísica del orden social. El mono-causalismo no existe na realidad y, en el ámbito de lo social, diversas causas sociales pueden producir el mismo efecto, de la misma manera que un único bloque de causas puede producir diversos efectos. [...] Para superar la crisis del funcionalismo Luhmann propone redefinir el concepto de función en términos no causalísticos y en consecuencia tratar de las causas y los efectos como simples variables, fungibles e intercambiables, y no como estructuras ontológicas”. Logo, como uma nova leitura da relação funcionalismo/causalismo na teoria de Luhmann, conclui a autora: “La función no se presenta como un efecto a producir, sino que organiza un ámbito de comparación de efectos equivalentes. El análisis funcional puede utilizar como criterios de referencia los estadios del proceso causal; la causa y el efecto, pero no los considera en su efectividad óptica. Lo que este método há de fundamentar es, precisamente, la posibilidad de que algo pueda, a la vez, ser y no ser, de que algo sea reemplazable. La función ya no se entiende, por tanto, como efecto a producir, sino como un esquema de sentido regulativo que organiza un campo de comparación de prestaciones equivalentes” (ALCOVER, Pilar Gimenez. **El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A, 1993. p. 51-3).

⁹² A referência à expressão “liberdades-artificiais” procura retratar a divergência de Luhmann com a visão Hobbes sobre o tema, uma vez que, para este, “[...] a liberdade de cada homem em utilizar seu poder como bem lhe aprouver, para preservar sua própria natureza, isto é, sua vida e de, conseqüentemente, fazer tudo aquilo que, segundo seu julgamento e razão, é adequado para atingir esse fim significa DIREITO DA NATUREZA, que muitos autores chamam de *Jus Naturale*.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Traduzido por Rosina de D’angina. São Paulo: Ícone, 2003. p. 99).

[...] la diferenciación entre función e prestación no se presenta sino como consecuencia de la diferenciación del sistema jurídico. En este sentido (es decir para los casos de orientación de la conducta y para la solución de conflictos), hay que distinguir por consiguiente entre una sociedad con sistema de derecho diferenciado y una sociedad sin este sistema.⁹³

Assim, acompanha-se a conclusão luhmanniana – ao se pretender avaliar tanto a função quanto a prestação do sistema jurídico – que recorre à imagem do sistema imunológico, isto é, o Direito é uma espécie de sistema que imuniza a sociedade. Por decorrência do aumento da complexidade social, a sociedade depende cada vez mais de formas pacificadoras dos conflitos que ela mesma constitui.

Com efeito, a aplicação do Direito está relacionada à Política,⁹⁴ sem a qual a normatividade do Direito não seria possuidora de uma estabilidade vinculante a todos. Nesse sentido, discorre Balsemão Pires:

De duas formas se condicionam reciprocamente o direito e a política, independentemente das modalidades históricas de seu desenvolvimento conjunto. Por um lado, o estado garante ao direito que o seu código é imune face a uma qualquer força estranha e é, portanto, código de uma sistema autónomo, autopoiético, de tal modo que o direito só pode ser condicionado

⁹³ LUHMANN, 2002a, p. 218.

⁹⁴ A construção de uma visão sistêmica da política parte de acentuação da questão da autonomia do sistema político dentro da sociedade moderna, ou seja, a partir da diferenciação funcional, delimita-se uma distinção emancipadora da política em relação a uma dimensão religiosa – até mesmo filosófica – defensora de pretensões constituintes do todo social. Na perspectiva luhmanniana, a sociedade moderna não se descreve com base na aceção de uma política como unidade do social, como a “polis” grega aristotélica. Assim, merece nossa atenção a introdução ministrada por Edmundo Balsemão Pires: “O ponto de partida da análise do sistema político de N. Luhmann é inspirado na sua própria versão da teoria dos sistemas. Seguindo as inovações recentes dentro desse âmbito disciplinar não é já possível nem credível partir do conceito da sociedade como qualquer coisa pré-dada, que o teórico se limitaria a descrever do exterior e onde se acumularia a informação sobre a política da sociedade, a economia da sociedade, o direito da sociedade, etc., como se a ‘sociedade’ fosse o gênero de que se fossem extraindo espécies consoante o ângulo de análise dos teóricos. [...] A tarefa do teórico da sociedade e da comunicação e daquele que fizer uma teoria do sistema político consistira em juntar a perspectiva operatória e a abordagem da diferenciação funcional. Daqui resulta que a análise do sistema político não se pode realizar sem tomar em conta o facto de ele se situar dentro do mesmo tipo de operações que todos os sistemas sociais realizam e (re)produzem, ou seja, ao nível da comunicação. Isto leva a situar a relação entre política e sociedade não ao nível de uma articulação entre realidades separadas e independentes, ou então como acontecia se uma fosse entendida como gênero de que a outra era uma das espécies, mas essa articulação tem de decorrer de tal forma que o político é chamado a assegurar a própria reprodução da sociedade, na medida em que reproduz a comunicação como sua operação. A diferença do político deve ser questionada, por isso, no horizonte desta percepção clara de que ele não se dá frente ao social, como algo de ‘especificamente’ distinto, mas é parte do sistema social e da comunicação como ‘processamento de seleção’” PIREs, Edmundo Balsemão. Diferenciação funcional e unidade política da sociedade. *Revista Filosófica de Coimbra*, n. 23, p. 120-1, 2003.

através do direito e, por conseguinte, as discontinuidades da ordem jurídica são discontinuidades no, pelo e do direito. A autonomização do código jurídico e sua dicotomia de justo/não justo é politicamente sustentada pelo documento simultaneamente político e jurídico que é a Constituição Política. Por esta mesma Constituição Política, o político aparece como um poder justificado, o seu código como um código assente em bases jurídicas. Mas, por outro lado, este entrelaçamento coloca os próprios limites da acção e do alcance do sistema político, pois o estado não se pode imiscuir na esfera dos direitos protegidos por lei.⁹⁵

Por sua vez, nesse marco teórico, a Política vale-se do Direito para pluralizar o acesso ao poder politicamente concentrado. Portanto, justamente por se reconhecer essa inobjetável ação conjunta desses dois campos, é que se afirma, ou se pressupõe, a sua diferença.

Segundo Luhmann, a política utiliza o meio do poder de uma forma específica, isto é, o poder político se articula num poder indicativo superior que ameaça com carácter de obrigatoriedade. O “dever” da norma não pressupõe nenhuma superioridade do poder, e mais: nenhuma superioridade por parte de quem articula as expectativas correspondentes.⁹⁶

A teoria luhmanniana demonstra que a função do Direito de introduzir uma ordem é posta na peculiaridade de viabilizar o que se pode esperar (expectativa) coerentemente dos outros. Sua forma de atuação se restringe a informar o que é legítimo sem ter, como expectativa do comportamento, o que se pode congruentemente esperar.

Com isso, inexoravelmente, adentra-se no campo da imposição jurídica. Desse modo, Luhmann informa que a Sociologia Jurídica aborda o presente tema, prioritariamente, pelo uso do conceito de sanção que, segundo ele, é oriundo do século XVIII, distinguindo o Direito como obrigação externa, e a moral como

⁹⁵ PIRES, Edmundo Balsemão. Diferenciação funcional e unidade política da sociedade. **Revista Filosófica de Coimbra**, n. 23, p. 142, 2003.

⁹⁶ LUHMANN, 2002a, p. 208.

obrigação interna.⁹⁷ Logo, pretende-se atribuir, como objeto do Direito, o controle de comportamentos. Essa concepção é duramente criticada por Luhmann:

Si la función del derecho consistiera en asegurar la ejecución (o la omisión) de la acción indicada, la institución jurídica fáctica sería todo el tiempo responsable, pero por su ineficiencia. El derecho desembocaría en una evolución desviada de sus propios defectos; o mejor dicho: sería el responsable de la insuficiencia de realización de los planes políticos.⁹⁸

Sob esse aspecto, o que se afirma é a necessidade de se mudar o foco da imposição jurídica, ou seja, o objeto da imposição jurídica não é o comportamento, mas as expectativas. É com essa mudança que o sociólogo alemão elabora a distinção entre Direito e Política, esta, como uma imposição efetiva das decisões obrigatórias que vinculem a comunidade, e aquele, como uma segurança para as expectativas.

Portanto, reconhece-se a inevitabilidade da relação Direito/Política, todavia, atenta Luhmann que, sistemicamente, essa vinculação se dá justamente sobre uma base de funções distintas.⁹⁹ A afirmação da inexorabilidade de duas funções diversas (Direito e Política) é demonstrada ao ser exercitado o exemplo luhmanniano:

Si la política lograra realmente su objetivo de imponer las decisiones vinculantes para la comunidad de manera efectiva y sin excepciones, el sistema jurídico se encontraría en una situación paradójica: por un lado ya no tendría ningún problema porque ya no habría que contar con expectativas que pudieran ser desegaña; por outro, se sentiria desenganado de sus propias expectativas por la irupación en su campo, del sistema político.¹⁰⁰

⁹⁷ LUHMANN, 2002a, p. 209-10.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 210.

⁹⁹ A distinção não pode ser entendida como isolamento: “A diferenciação do Direito não quer dizer que o Direito não tem nada a ver com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria como que solto no ar; mas tão-só que agora o direito está mais consequentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 19).

¹⁰⁰ LUHMANN, 2002a, p. 211.

O Direito como um subsistema funcional da sociedade possui como características tanto a complexidade, pois o mundo apresenta mais possibilidades de escolha do que somente aquela que foi selecionada, quanto a dupla contingência, entendida aqui como um problema de ordem social relativo à coordenação das seleções, imprescindíveis e contingentes. Por sua vez, para que haja possibilidade de suportar a incerteza da dupla contingência,¹⁰¹ a sociedade constrói uma estrutura de expectativas.

Destarte, o Direito permite a generalização dessas expectativas, dá-lhes um alcance que ultrapassa o tempo, a situação e os partícipes de cada inter-relação particular. Ele permite sua vigência como estruturas sociais.

Desse modo, no momento em que se sustenta que as estruturas dos subsistemas sociais consistem em expectativas, introduz-se um elemento de insegurança, porque sempre pode ocorrer que as expectativas sejam defraudadas. Ocorre que, justamente por essa situação, é que se atribui uma função crucial do Direito: estabilizar as expectativas. Como bem descreve Luhmann,

[...] desde una perspectiva abstracta, el derecho tiene que ver con los costes sociales que se desprenden de los enlazamientos del tiempo que efectúan las expectativas. En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social. El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desengaños de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado con relación a sus expectativas. Uno se permite un mayor grado de confianza (hasta la imprudencia) o de desconfianza, cuando se puede confiar en el derecho. Y esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza. Sin embargo, el derecho tiene también propensión a las crisis de confianza que se transmiten simbólicamente. Cuando ya no se respeta el derecho o cuando, hasta donde es posible, ya no se impone, las consecuencias rebasan por mucho lo que de inmediato se presenta como violación de la

¹⁰¹ Entendida por LUHMANN como: “Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito” (LUHMANN, 1983, p. 48).

ley. Entonces el sistema tiene que recurrir a formas más naturales para restaurar, de nuevo, la confianza.¹⁰²

Particularmente, essa função do subsistema jurídico se relaciona com o uso específico da normatividade,¹⁰³ cuja função é manter estáveis as expectativas, pois o Direito permite a generalização dessas expectativas de expectativas. Como foi introduzido anteriormente, o subsistema jurídico lança-se na pretensão de generalizar as expectativas constituintes do social. Portanto, a sua função se atrela a essas expectativas, notadamente, na capacidade de comunicar essas expectativas, de torná-las operacionalizáveis em uma dimensão comunicativa.¹⁰⁴

Desse modo, quando se faz referência às expectativas em Luhmann, deve-se atentar para o fato de não reduzir a sua conceituação a um estado psíquico de uma consciência. O sociólogo alemão ressalta que, por expectativa, não se entende o estado de uma consciência, mas aspecto temporal do sentido na comunicação.¹⁰⁵

É, pela reflexão acerca da estabilização temporal¹⁰⁶ das expectativas, tida como uma função do Direito, que o sentido de norma jurídica se desenvolve na teoria dos sistemas autopoieticos. As normas jurídicas são tidas como uma rede de expectativas simbolicamente generalizadas. A sua existência se deve a uma necessidade de estabilizar, no nível das expectativas, o espectro de insegurança do futuro. Portanto, a pretensão de uma normatividade – na dimensão temporal do sentido¹⁰⁷ –, materializa-se como uma ferramenta apta a gerenciar a insegurança

¹⁰² LUHMANN, 2002a, p. 188-9.

¹⁰³ Isto é: “Não se pode negar que tal tipologia das normas é em princípio correto e fornece um certo grau de orientação” (LUHMANN, 1983, p. 42).

¹⁰⁴ De imediato, resta reconhecida a divergência da concepção luhmanniana da função do Direito, isto é, não se parte, aqui, da idéia de função do Direito como “controle social” ou como “agente integrador”, que delineou as teorias da sociologia clássica (LUHMANN, 2002a, p. 183).

¹⁰⁵ LUHMANN, 2002a, p. 182.

¹⁰⁶ A importância de uma operacionalização do tempo no enfrentamento da complexidade é ressaltada por Luhmann: “Si la relativa autonomía temporal de un sistema puede utilizar la dimensión del tiempo para solucionar mejor los propios problemas de la propia complejidad (a diferencia de los problemas en relación con el entorno) y, sobre todo, para aumentar la propia complejidad mediante la aplicación del tiempo. A esto lo llamaremos temporalización de la complejidad” (LUHMANN, 1990, p. 119).

¹⁰⁷ Em relação a dimensão temporal, leciona Luhmann: “Se puede distinguir analíticamente la dimensión temporal dentro de la dimensión del sentido, pero por el hecho de que las dimensiones de sentido están implícitas en toda vivencia de sentido, empíricamente no se puedan aislar”. Inobstante o reconhecimento da função contrafática do sistema jurídico e, inexoravelmente, o contributo normativo na dimensão temporal, a forma do sistema jurídico não se esgota nesta dimensão. Nas palavras de Luhmann: “[...] o derecho se presenta como una forma relacionada con o problema de la tensión entre dimensión temporal y dimensión social y es el que permite suportarla – aun em condiciones de incremento evolutivo de la complejidad social” (LUHMANN, 2002a, p. 188).

advinda da mutabilidade social, uma vez que viabiliza uma expectativa contrafaticamente.

Entrementes, a definição funcional do Direito mereceu inicial destaque pela repercussão que uma concepção funcionalista exerce sobre a idéia de norma. Como adverte Luhmann, aqui, o conceito de norma não se define recorrendo a características essenciais da norma, e sim, por uma distinção relacionada com as possibilidades de comportamento em caso de frustração da expectativa, isto é, ou se renuncia à expectativa causadora da frustração, ou se mantém a expectativa, apesar da não-correspondência fática.¹⁰⁸

Na observação empreendida pela teoria luhmanniana, a função da norma não é orientar motivações, ou seja, ela não se pauta pela pretensão de regular as condutas, justamente por entender que, por traz do campo motivacional, esconde-se um emaranhado de causalidades inabarcável. Nessa perspectiva, “[...] la norma no asegura un comportamiento conforme a la norma; sin embargo, protege a quien tiene esta expectativa”.¹⁰⁹

Para efetuar uma proteção da expectativa, isto é, estabilizar a norma diante do incontrolável crescimento de situações que pretendem trajar-se de expectativas normativas (costumes, exigências morais etc.), torna-se imprescindível para o Direito a realização de processos seletivos. Na verdade, trata-se de diagnosticar, no emaranhado grupo de expectativas, quais serão chanceladas pelo Direito, isto é, quais serão titulares de uma juridicidade.

Nesse sentido afirma Luhmann:

[...] la juridicidad de la norma solo se puede determinar a través de una observación recursiva en el entramado en el que la norma ha sido generada; esto significa: a través de la observación de aquella relación de

¹⁰⁸ LUHMANN, 2002a, p. 190-1.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 192.

producción de la expectativa que se diferencia, por medio de sus operaciones, como un sistema.¹¹⁰

Portanto, sob a observação da teoria dos sistemas luhmanniana, a função do subsistema jurídico, como ferramenta de estabilização das expectativas das normas, ultrapassa o que pode compreender o conceito de regulador de conflitos. Nesse prisma, o Direito não somente resolve os conflitos, mas também os produz: ao remeter os conflitos ao seu campo de atuação.

A unidade do subsistema autopoietico jurídico, fechado operativamente, liga-se à capacidade desse sistema em manter a sua função. Assim, a questão estrutural não é olvidada, isto é, o subsistema jurídico deve conseguir operar como um sistema funcional determinado por sua estrutura e que, por isso, tem a capacidade de prever internamente a continuidade da operação de sua própria função.

Para tanto, o Direito converte a diferença entre expectativa cognitiva e expectativa normativa, por sua vez, em objeto de expectativas normativas, o que nada mais é que operar reflexivamente. Com isso, passa-se a observações de segunda ordem, ligadas diretamente à diferenciação de sistemas funcionais, como o Direito, e ao seu modo de reprodução circular.

Nesse sentido, assevera Luhmann:

Esse sistema de decisiones organiza su ámbito próprio de operación a través de un entramado circular. Cambia el derecho teniendo en cuenta las decisiones de los juzgados para, en cada caso, regirse por el derecho vigente; lo cual, a sua vez, da ocasión para que, de nuevo, se observe y se cambie el derecho. Para diferenciar los consicionamientos de este entramado de decisiones (y solo para ello), este sistema se describe a si mesmo como jerarquía: de órganos o de norma. No obstante, el proceso primordial consiste en todo caso en la reproducción circular y recursiva de las decisiones jurídicas.¹¹¹

O que Luhmann adverte, no *modus operandi* do subsistema jurídico, é a função da descrição hierárquica. Para conseguir a seletividade necessária, constituinte de um sistema autopoietico, este descreve a si mesmo como um sistema

¹¹⁰ LUHMANN, 2002a, p. 194-5.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 202-3.

dotado de hierarquia,¹¹² de normas e de órgãos. Logo, para esse âmbito de decisões do subsistema jurídico, têm-se desenvolvido formas bem estabelecidas de reflexividade, como, por exemplo, as regras de procedimento que, uma vez obedecidas, possibilitam que a decisão jurídica a que se chegou seja dotada de força normativa (normas de competência).¹¹³

Conseqüentemente, todo “[...] el sistema de tomada de decisiones en el derecho se sustenta en la reflexividad del proceso normativo”.¹¹⁴ Os limites da organização das decisões atuam previamente como limites que acontecem na parte externa da fronteira do próprio subsistema jurídico e predispõe a comunicação para que se comprometa com o que é conforme o Direito, ou com o que não é. Para aprofundar esse ponto, é preciso desenvolver a relação codificação/programação.

2.3.3 Codificação e programação do subsistema jurídico

O código do subsistema jurídico é que possibilita ao sistema criar seus limites de atuação, além de especificar sua função, que consiste em estabilizar as expectativas de comportamentos. Porquanto, o Direito constitui-se como um sistema operacionalmente fechado, eis que se encontra delimitado por seu código geral que pode ser traduzido nas seguintes expressões: direito/não-direito.

Desse modo, o código do Direito é que garante a autopoiesis do sistema como criteriosamente é ministrado por Luhmann:

¹¹² A referência à manutenção de uma hierarquia deve ser mantida na dimensão de uma construção interna do próprio sistema jurídico, uma vez que, “em se tratando do sistema jurídico, a assunção da teoria autopoietica implica que apenas o direito pode determinar o que é legal ou ilegal e, ao decidir sobre esta questão, refere-se sempre aos resultados de suas operações anteriores e às conseqüências sobre operações futuras. A auto-referência – a circularidade – do direito é indicada através da marca da validade. Ou seja, decisões são legalmente válidas apenas com base em normas porque tais normas são válidas apenas quando implementadas por decisões. Cada elemento adquire a qualidade normativa – validade – na rede autopoietica. Nesse contexto, não há que se falar em uma hierarquia das fontes do direito, em que as normas do escalão superior são condições de validade daquelas inferiores. O modelo hierárquico é substituído pelo circular”. NICOLA, Daniela R. M. *Estrutura e função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann*. In: ROCHA, 1997, p. 236.

¹¹³ LUHMANN, 2002a, p. 203.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 203.

De manera concisa, se puede decir que los códigos generan programas. O mejor: los códigos son distinciones que en el nivel autopoietico solo pueden volverse productivas añadiendo otra distinción más: la distinción codificación/programación. Los códigos son un lado de la forma, cuyo otro lado son los programas del sistema. Y únicamente mediante esta complicada distinción de distinciones en el sistema, puede dar inicio y evolucionar lo que un observador llamaría el despliegue de la tautología/paradoja del sistema. Los códigos garantizan la autopoiesis del sistema en la medida en que confrontan toda autofijación del sistema mediante la posibilidad de su contrario, es decir, que no permiten nada definitivo, ninguna perfección. Los códigos no se conceden a sí mismos la autofijación, dado que su apertura permite todo. La autodeterminación autopoietica del sistema no se produce sino mediante la diferencia entre codificación y programación.¹¹⁵

Diante disso, os códigos diferenciam o que pertence ao sistema e o que não pertence a ele. Nessa linha de pensamento, importante consignar que são as normas que vão garantir uma delimitação daquilo que não é permitido, no sentido de limitador da liberdade. Logo, a norma jurídica possibilita um futuro que é inseguro.

Por essa forma, é a função o que explica o surgimento de cada subsistema parcial do Direito, todavia, o que torna possível a constituição de sua identidade é um código (binário) próprio, e seu contato operativo com o meio ocorre e se operacionaliza através de sua programação. Por isso, os programas atuam na esfera da validade (válido/inválido). Nesse particular, escreve Luhmann: “Los códigos hacen posible diferenciar lo perteneciente/lo no perteneciente al sistemas; y los programas que adjudican legalidad e ilegalidad, son objeto de juicios de la validez/o la invalidez”.¹¹⁶

Nesse sentir, o programa é que permite o código do Direito ser operativo e está constituído por um conjunto de normas e procedimentos. Assim, os programas estabelecem os critérios para a correta atribuição dos códigos, contudo, são as normas que permitem situar os valores do código direito/não-direito. A programação do Direito se comunica com toda a sociedade, ou melhor, com todo o sistema social.

¹¹⁵ LUHMANN, 2002a, p. 249.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 271.

Por sua vez, do ponto de vista autopoietico, o Direito precisa ser uma estrutura fechada para manter sua identidade, estabilidade e autoconservação. Para tanto, possui operações próprias que derivam de uma programação normativa, mas a operação precisa ao mesmo tempo de uma observação do ambiente para produzir sua diferenciação.

O código problematiza o tema referente à fonte de validade jurídica, uma vez que, a partir do sistemismo luhmanniano, essa fonte é o próprio subsistema jurídico. A função do Direito produz um esquema binário segundo o qual as expectativas normativas se cumprem ou são frustradas, sendo que

[...] as estruturas dos sistemas sociais (e, portanto, do direito) são constituídas na forma de expectativas sobre expectativas. A expectativa nada mais é do que a antecipação de uma possibilidade que pode ou não se produzir. Graças a essa dupla possibilidade, que assinala a contingência de toda a experiência, o problema dos desapontamentos é imanente à constituição das expectativas. Para fazer frente a este problema das desilusões das expectativas, a sociedade desenvolveu duas estratégias de orientação do comportamento: segunda a orientação cognitiva, existe a predisposição à aprendizagem por parte do desapontado, ou seja, à modificação da expectativa. De acordo com a perspectiva normativa, existe a estabilização contrafática da expectativa, isto é, o desiludido não se mostra disposto a aprender, a modificar a sua expectativa. Aqui começa a delinear-se a gênese da normatividade jurídica. Portanto, nesta perspectiva teórico-sociológica, a qualidade normativa de uma comunicação situa-se na faticidade de uma expectativa contrafática, e não em algum plano metafísico.¹¹⁷

Entretanto, ao se aplicar uma diferença a ela própria (o código sobre o código), pode-se obstaculizar essa operacionalidade distintiva, ou seja, constitui-se um paradoxo. Melhor dizendo, no que tange à operacionalidade do subsistema jurídico, a distinção entre o direito e o não-direito é conforme ou não conforme com o Direito; com que direito o Direito diz o que é e o que não é Direito?

¹¹⁷ NICOLA, Daniela R. M. Estrutura e função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. *In*: ROCHA, 1997, p. 233-4.

Contudo, na teoria dos sistemas luhmanniana, o paradoxo deve ser entendido com uma condição de evolução, como um princípio criativo,¹¹⁸ como forma profícua adverte Rocha:

Na linha da teoria sistêmica de Luhmann, entretanto, falar-se de paradoxos do direito não é nenhum problema, sendo, ao contrário, uma condição necessária para a compreensão e crítica do direito: a constatação do paradoxo é um estímulo para a crítica, e a questão que surge não é a eliminação do paradoxo, como tentou a lógica clássica, mas ampliá-lo, desenvolvê-lo.¹¹⁹

Precisamente, o Direito se instala em um nível de observação de segunda ordem, que proporciona a ele a forma de um sistema codificado. Isso coloca o Direito na posição de ser utilizado, exclusivamente, sob as condições que o próprio Direito determina.

Nessa perspectiva, retrata-se um processo de desparadoxização do subsistema jurídico, que Luhmann descreve com os seguintes passos:

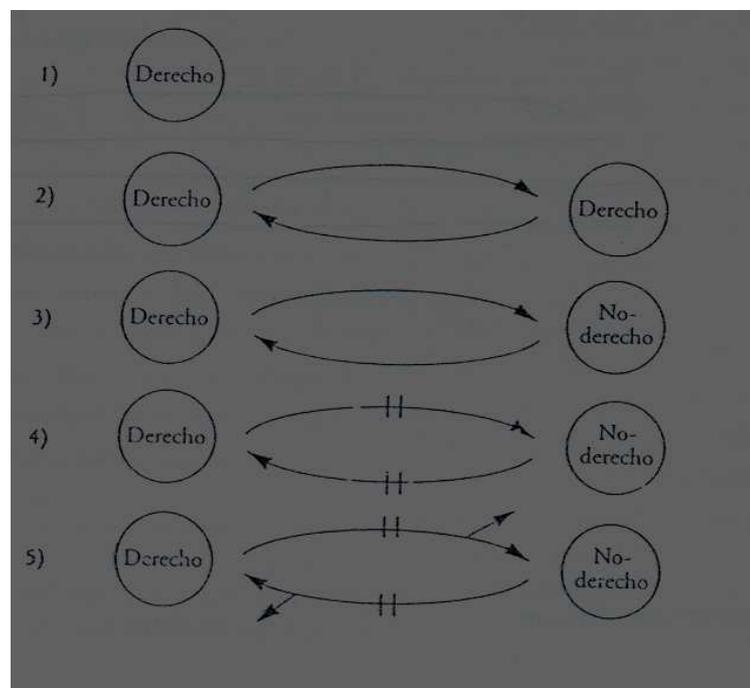
¹¹⁸ Como exemplo dessa capacidade teórico-criativa do paradoxo sistêmico, Rocha reconstrói a forma da teoria jurídica: “Para nós, a teoria jurídica articula-se com a dogmática jurídica deste modo (paradoxal). Os paradoxos surgem quando as condições de possibilidade de uma operação são também as condições de sua impossibilidade. A mitologia grega é uma boa fonte para exemplificar-se os paradoxos. Já Hesíodo na Teogonia salientava que ‘no princípio existia o caos’. O ‘caos’ foi o princípio criador, o ponto inicial que contém a origem do universo: o indeterminado cria a unidade. Esta idéia nos permite uma nova interpretação do ‘destino’ para os gregos. Como se sabe o destino era a e lei que regia o universo, estando todos, sem exceção, sujeitos à essa lei. Porém o Deus Supremo, Senhor dos deuses, Zeus, elaborava a lei. Isto caracteriza um paradoxo que não deixa de ser semelhante ao bíblico que afirma a ‘perfeição’ de Deus, o ‘bem’, que, no entanto, permitiu a criação da ‘imperfeição’, o ‘mal’. No caso de Zeus, este temia a profecia (destino) de que um de seus filhos iria derrotá-lo. Deste modo, Zeus não fugiria ao destino, como antes Urano e Cronos – seu pai-, mas não fora ele mesmo a elaborar o destino? O paradoxo é: o criador da lei pode ser regido por ela ? A resposta é que pragmaticamente é possível que Zeus crie o destino e seja atingido por ele. Este paradoxo não impede a comunicação, pois Zeus não tem a consciência do paradoxo, não observa com total visibilidade a comunicação – condição, também paradoxal, para a visibilidade: a comunicação depende de uma articulação entre o visível e o invisível (Merleau-Ponty). O paradoxo somente é visível para um observador de segunda ordem, meta-observador que indica os pontos onde as distinções se aplicam a si mesmas e se impossibilitam. Porém, pode-se perceber uma possibilidade criativa e fundamental dos paradoxos: estes criam ‘caos’, a assimetria, provocando a dinâmica histórica e a evolução, sem paradoxos não existiria a mitologia grega, nem o direito e a sociedade. Nesta linha de raciocínio, analisando-se o direito, desde a teoria jurídica, percebe-se porque e como a auto-observação do direito produz a dogmática jurídica. Esta é decorrente das distinções que não podem perceber os seus paradoxos constitutivos. Somente pode se ‘ver’ os paradoxos quando se aplica as distinções meta-descrições) sobre as distinções primeiras. Esta atividade de observação da auto-observação da dogmática é básica nas teorias jurídicas. Nesse sentido, as teorias jurídicas são paradoxais pelo fato de suas descrições co-constituírem e não co-constituírem o Direito” (ROCHA, 1997, p. 18).

¹¹⁹ ROCHA, 1997, p. 17-8.

(1) se duplica, se reafirma enfáticamente y se convierte así en la tautología derecho es derecho; (2) Mediante la introducción de una negación, la tautología se convierte en una paradoja: el derecho de una parte es un-no-derecho de la otra (3); en el sistema de la sociedad, eso quiere decir que ambos aparecen en una correlación inevitable: el derecho de uno es el no-derecho del outro, aunque no obstante, ambos sean miembros de la sociedad. Mediante otra negación, esta forma conduce hacia un antagonismo: el derecho de uno no es el no-derecho-del-outro, (4), de manera que tanto aquel que está en su derecho como aquel que no lo está, puede y debe contar con este estatuto, tanto en el sentido temporal como en el contexto social. La afirmación de que alguien que estando en-su-derecho estaría al mismo tiempo en su no-derecho, sería una contradicción impedida pela lógica. Finalmente, este antagonismo queda excluído mediante condicionamientos; (5) y no es sino hasta entoces que se desdobra la tautologia o se disuelve la paradoja: derecho es derecho, o bien derecho no es no-derecho, cuando cumplen las condiciones indicadas en los programas del sistema jurídico.¹²⁰

De forma mais clara, o desenvolvimento dessa desparadoxização descrita por Luhmann pode ser observado na figura¹²¹ abaixo:

Figura 2 - Desparadoxização



LUHMANN, 2002a, p. 227.

¹²⁰ LUHMANN, 2002a, p. 227.

¹²¹ *Ibidem*, p. 227.

Desse modo, Luhmann expressa a reconstrução lógica da autopoiesis do sistema, notadamente, uma reconstrução que há de pontuar a impossibilidade de uma derivação lógica e a improbabilidade empírica da conformação do sistema. O que se observa é operacionalização de uma lógica das distinções, posto que se passa a trabalhar com a aplicação de diferenças. Os códigos binários podem ser operacionalizados com o termo lógico-matemático *re-entry*,¹²² que representa o duplo ingresso da forma dentro da forma.

A assimetria da forma de sistema e a simetria da forma de código têm que coincidir no sistema. Essa assimetria assegura o fechamento do sistema. A simetria do código assegura o constante cruzamento do limite que marca o código (assim quando o sistema reconhece o não-direito do outro, tem que encontrar possibilidades para tratar esse não-direito dentro dos limites do direito).

A unidade de um sistema codificado de forma binária por ele mesmo só pode descrever-se na forma de um paradoxo. Operativamente, o paradoxo se reproduz constantemente, mas não pode ser observado no sistema a não ser na forma de construções simplificadoras, uma vez que paradoxo é o ponto cego do sistema que permite a operação da operação.

O código exige ser praticado como distinção, e não como unidade do distinguido. Reforçando-se o que se entende por código é o que o Direito utiliza como um esquema bivalente, para estruturar as operações próprias e para distingui-las de outros assuntos. Códigos são estruturas cheias de condições que, simplificando ao máximo, podem ser reduzidas ao sucesso da biestabilidade. São sistemas que têm integrada uma distinção e uma forma e que incluem a possibilidade de que suas operações se conectem indistintamente a um lado ou a outro da distinção.

O avanço consiste em que a disposição contempla dois pontos de ligação, que não podem ser utilizados ao mesmo tempo. A biestabilidade viabiliza que o

¹²² BROWN, G. Spencer. **Laws of form**. New York: Bantam Book, 1973. p. 70.

sistema, totalmente determinado, possa reagir com operações próprias a um ambiente altamente complexo.

Graças ao código binário, existe um valor positivo que é chamado de direito e um valor negativo que é chamado de não-direito. O valor positivo se aplica, quando um assunto coincide com as normas do sistema, e o negativo, quando um assunto infringe as normas do sistema. O que é chamado de assunto é construído pelo próprio sistema. O sistema não reconhece nenhuma instância externa que poderia dizer o que é um assunto, mesmo que esse termo possa designar situações tanto internas ao sistema quanto externas a ele. É o próprio sistema que reconhece os valores internos/externos, direito/não-direito, ou seja, é somente ele que decide sobre si mesmo.

A unidade do sistema não pode se representar como meta que se deve alcançar, como numa visão teleológica. Ao contrário, como adverte Luhmann, “[...] el derecho es una historia sin fin, un sistema autopoietico que sólo produce elementos para poder seguir produciendo más elementos: la codificación binaria es la forma estructural que garantiza precisamente eso”.¹²³

A reprodução autopoietica se dá pela simples manutenção da possibilidade de reutilização do seu código. Ao confirmar ou não o direito, estará confirmando o próprio direito a si mesmo, e não se entende, com isso, estar oferecendo justiça a quem foi prejudicado ou resolvendo corretamente um conflito.

Deve-se ter em mente que a ambivalência é ao mesmo tempo uma condição para a capacidade de decisão e, com isso, uma condição para a jurisdicionalidade, sendo que essa jurisdicionalidade é que estrutura a contingencialidade imanente do mundo. Nas palavras de Luhmann,

[...] o sistema jurídico orienta-se com vistas a um mundo circundante que, em princípio, é contingente. Tudo pode ser diferente. Cada norma pode ser infringida por um comportamento, cada expectativa pode não ser correspondida. Mas essa contingência adquire relevância para o sistema, apenas segundo o próprio código, isto é, apenas com vistas à possibilidade

¹²³ LUHMANN, 2002a, p. 238.

de classificar os fatos (Tatbestände) como Direito ou não-Direito. No seu próprio Código, o sistema dispõe de uma contingência reformulada, que lhe faculta selecionar seus próprios estados e desenvolver e modificar seus próprios programas (leis, decisões de casos precedentes etc.), que regulamentam o que deve ser considerado Direito ou não-Direito, em cada caso específico.¹²⁴

Em qualquer tentativa de polivalência, o sistema não operaria com suficiente segurança, sendo que a unidade de um código se expressa no fato de que não se pode tomar uma decisão sobre um valor sem tomar em conta o outro. A concessão de valores a determinadas situações supõe, por isso, a avaliação e a negação da possibilidade contrária – assim como no sistema científico,¹²⁵ um teorema apenas pode ser designado como verdadeiro quando se afirma, ao mesmo tempo, que se avaliou que não é falso.

Dessa maneira, o código desdobra o paradoxo, que consiste em que a unidade do sistema esteja conformada por dois valores incompatíveis, por exemplo, que a distinção tenha dois lados que não podem ser usados ao mesmo tempo. A introdução do segundo valor, o negativo, é um valor de controle, um valor que faz com que todo Direito se torne contingente, considerando incluído o não-direito.

Dado que os valores, direito e não-direito, não são propriamente critérios para a determinação do direito (ou do não-direito), devem existir outros pontos de vista que indiquem como os valores do código podem ser atribuídos corretamente, ou erroneamente. É nesse momento que se apresenta a importância dos programas.

A autodeterminação autopoietica do sistema não se produz senão mediante a diferença entre codificação e programação, pois o nível da programação serve aos requerimentos designados pelo próprio código. Os programas, na qualidade de suplemento da codificação, servem para dar direcionalidade à semântica condicionada por um código. Por isso, o “direito positivo” existe agora já unicamente produzido no próprio subsistema jurídico.

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. A posição do Tribunais no sistema Jurídico. Traduzido por Peter Naumann. **Revista da Ajuris**. ano XVII, n° 49, p. 161, jul. 1990.

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Traducción por Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura e Javier Torres Nafarrate. México: Anthropos, 1996.

Para fins de programação, o caráter unívoco do código, que somente se encontra em seu estado binário, tem que se abrir. Os valores do código devem ser interpretados como possibilidades, isto é, como um meio que pode aceitar formas diversas. Qualquer determinação formal é, portanto, uma mudança jurídica; e qualquer mudança de programas deve observar as limitações dadas, já que o sistema pertence a uma história específica.

Nesse enfoque, Luhmann transcende a questão de um “direito eterno”, “direito natural” ou de um “direito positivo” (alterável). De certa maneira, sua teoria oferece uma substituição dessa hierarquia, uma vez que a invariabilidade e a incondicionabilidade se representam pela forma do código; a modificabilidade e, nesse sentido, a noção de positividade, pelos programas do sentido. Dessa forma, a própria referência a uma noção de justiça no subsistema jurídico é reconstruída:

Lo ilícito ya no simboliza sin más lo justo, pues también la calificación de lo ilícito debe ser distribuída justamente. La perspectiva de la justicia queda situada de través sobre el código binário. Los programas, a grandes rasgos leyes y contratos, sirven para repartir lo lícito e ilícito sobre las situaciones de hecho y poseen únicamente esta función específica del código y del sistema. Pueden ser modificados cuando se presentan otras concepciones de lo que es jurídicamente justo, pero siempre recuperando sua referencia al código; de otro modo, no serían reconocibles y manejables como modificaciones del programa.¹²⁶

Os programas do subsistema jurídico são sempre programas condicionais. Isso se deve ao fato de apenas esses possibilitarem a relação autoreferência e heteroreferência, pois somente esses lhe outorgam a orientação do sistema ao ambiente de uma forma cognitiva que pode ser avaliada de maneira dedutiva pelo sistema. Os programas orientados por fins não permitem delimitar suficientemente os fatos que devem ser considerados num procedimento jurídico, mas poderão ser incluídos dentro da programação condicional.

A programação condicional põe à disposição mais causas para a produção de diferenças, sob a condição de que a produção dos efeitos pode ficar assegurada mediante a diferenciação dos sistemas correspondentes. O subsistema jurídico, ao

¹²⁶ LUHMANN, Niklas. La observación sociológica del derecho. Traducción por Héctor Fix-Fierro. **Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, nº12, p. 102, 1993.

programar-se assim, se constrói como uma máquina trivial, apesar de ter que partir do fato de que o ambiente não opera dessa forma.

Essa programação condicional estabelece as condições das quais depende algo para ser conforme o Direito (ou não-conforme). Tais condições fazem referência a fatos passados, atualmente verificáveis. O subsistema jurídico opera, nesse sentido, sempre como um sistema *a posteriori*, ou seja, como um sistema retroalimentado. Essa ligação à forma do programa condicional se relaciona com a função do Direito, isto é, com a estabilização das expectativas contrafáticas. A substituição da segurança (das expectativas) por insegurança (do cumprimento) requer compensações estruturais; logo, para determinar a segurança do momento da decisão, o Direito tem que se valer da forma de um programa condicional.

A fixação do Direito em programas condicionais não exclui, de nenhuma maneira, que programas finalísticos de outros sistemas funcionais se remetam ao Direito: como os programas orientados para fins da política que remetem ao Direito Constitucional; os programas de fins do sistema educativo que remetem à obrigatoriedade do ensino, aos regulamentos institucionais e aos direitos e obrigações dos pais de família. O Direito oferece apenas segurança condicional para permitir a outros sistemas uma gama mais ampla de seleção de seus fins.

A autopoiesis do Direito se baseia numa operacionalidade uniforme; nela se pode distinguir (mas não separar) a produção, da estabilidade estrutural. Os códigos tornam possível diferenciar o que pertence ou não pertence ao Direito; os programas que indicam legalidade e ilegalidade são objetos de juízos acerca da validade ou da invalidez.¹²⁷

¹²⁷ Acerca da compreensão da validade, afirma Luhmann: “[...] el derecho es válido sólo porque se há decidido que lo sea. Sin embargo, sería un error querer ver en esto un ‘decisionismo’ arbitrário y carente de principios. En su fundamentación mediante decisión puede modificarse por el mismo medio. El derecho se funda en la inestabilidad de su principio de validez. Es válido hasta nuevo aviso. Las justificación de su contenido reside en que las normas no son modificadas, aunque poderian serlo” (LUHMANN, Niklas. La observación sociológica del derecho. Traducción por Héctor Fix-Fierro. **Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, nº12, p. 90, 1993.).

2.4 A litigiosidade semântica na construção da forma social

De toda a polêmica hodiernamente instalada acerca da possibilidade de uma descrição da identidade do social, tem-se, ironicamente, uma única conclusão insofismável: a sociedade nunca foi tão adjetivada. Inaugurou-se uma caçada por fórmulas simbólicas que possam abarcar, suficientemente, toda a especificidade e complexidade do sistema social.

Indiscutivelmente, está sedimentado o discurso de uma sociedade que experimenta a velocidade da globalização,¹²⁸ que desqualifica crescentemente as considerações teóricas que ainda se apóiam em figuras territoriais, em distinções de tempo e espaço. Denuncia-se, numa referência baumaniana,¹²⁹ a liquidez da modernidade. A sociedade pode, inclusive, ser lida por uma percepção de mundo que descarta a regulação normativa como forma de organização comunitária; que equivale a todos os tipos de manifestação de valores, sem aceitar a possibilidade de julgamentos distintivos entre “bons” e “ruins”, radicalizando a negação de qualquer pretensão diferenciadora do “vicioso” e “virtuoso” na ordem social.

¹²⁸ Independentemente de se guiar ou não pelas conclusões de Bauman sobre a relação velocidade/globalização, faz-se necessário registrar a qualidade com que o autor problematiza a questão, isto é: “em vez de homogeneizar a condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais tende a polarizá-la. Ela emancipa certos seres humanos das restrições territoriais e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade – ao mesmo tempo em que desnuda o território, no qual outras pessoas continuam sendo confinadas, do seu significado e da sua capacidade de doar identidade. Para algumas pessoas, ela augura uma liberdade sem precedentes face aos obstáculos físicos e uma capacidade inaudita de se mover e agir a distância. Para outras, pressagia a impossibilidade de domesticar e se apropriar da localidade da qual têm pouca chance de se libertar para mudar-se para outro lugar. Com ‘as distâncias não significam mais nada’, as localidades, separadas por distâncias, também perdem o seu significado. Isso, no entanto, augura para alguns a liberdade face à criação de significado, mas para outros pressagia a falta de significado. Alguns podem agora mover-se para fora da localidade – qualquer localidade – quando quiserem. Outros observam, a única localidade que habitam movendo-se sob seus pés” (BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 25).

¹²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

Na linha de frente desse verdadeiro colapso semântico,¹³⁰ perfila-se a polêmica ensejadora da compreensão/aceitação do conceito de pós-modernidade.¹³¹ Para alguns, como Gilles Lipovetsky, o neologismo “pós-moderno” teria o mérito de salientar uma alteração de direção, uma espécie de reorganização profunda do modo de funcionamento social e cultural das sociedades democráticas. A isso ele soma a expansão do consumo e da comunicação de massa; enfraquecimento do normativismo autoritário e disciplinar; disseminação do individualismo; consagração do hedonismo e do psicologismo; descrença num futuro revolucionário; descontentamento com as bases políticas e suas militâncias.¹³²

Segundo Lipovetsky, por todas essas questões, faria sentido falar-se de uma pós-modernidade, todavia, o próprio autor problematiza ainda mais o uso do termo ao argumentar que, atualmente, já se vivencia a superação do pós-moderno, preferindo trabalhar com o conceito de hipermodernidade,¹³³ que ele próprio desenvolveu.

¹³⁰ A pluralidade de enfrentamentos e abordagens sobre o tema pode ser facilmente comprovada: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Boiteaux, 2004; CASULLO, Nicolas (org.). **El debate modernidad/posmodernidad**. 5. ed. Buenos Aires: El Cielo Por Asalto, 1995; TEIXEIRA, Evilázio Borges. **Aventura pós-moderna e sua sombra**. São Paulo: Paulus, 2005; COELHO, Teixeira. **Moderno pós moderno**: modos e versões. 5.ed. São Paulo, Iluminuras, 2005; CONNOR, Steven. **Postmodernism**. Cambridge: Cambridge University, 2004.

¹³¹ LYOTARD, Jean-François. **The Post-Modern Condition**. Minneapolis: University of Minnesota, 1985.

¹³² LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos Hipermodernos**. Traduzido por Mário Viela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 52.

¹³³ A seguinte passagem apresenta a argumentação de Lipovetsky: “[...] a vinte anos, o conceito de pós-moderno dava oxigênio, sugeria o novo, uma bifurcação maior; hoje, entretanto, está um tanto desusado. O ciclo pós-moderno se deu sob o signo da descompressão *cool* do social; agora, porém, temos a sensação de que os tempos voltam a endurecer-se, cobertos que estão de nuvens escuras. Tendo-se vivido um breve momento de redução das pressões e imposições sociais, eis que elas reaparecem em primeiro plano, nem que seja com novos traços. No momento em que triunfam a tecnologia genética, a globalização liberal e os direitos humanos, o rótulo pós-moderno já ganhou rugas, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que anuncia. [...] A modernidade do segundo tipo é aquela que, reconciliada com seus princípios de base (democracia, os direitos humanos, o mercado), não mais tem contramodelo crível e não pára de reciclar em sua ordem os elementos pré-modernos que outrora eram algo a erradicar. A modernidade da qual estamos saindo era negadora; a supermodernidade é integradora. Não mais a destruição do passado, e sim a sua reintegração, sua reformulação no quadro das lógicas modernas do mercado, do consumo e da individualidade. Quando até o não-moderno revela a primazia do eu e funciona segundo um processo pós-tradicional, quando a cultura do passado não é mais obstáculo à modernização individualista e mercantil, surge uma fase nova da modernidade. Do pós ao hiper: a pós-modernidade não terá sido mais que um estágio de transição, um momento de curta duração. E este já não mais o nosso” (grifou-se) (LIPOVETSKY, 2004, p. 52 e ss.).

A pós-modernidade também recebe outro tratamento na obra de Scott Lash. Para esse autor, o pós-modernismo não seria uma condição e nem um tipo de sociedade – no sentido que se confere ao termo quando se menciona sociedade industrial, sociedade capitalista etc. –, isto é, para ele, o pós-modernismo estaria restrito ao campo cultural.¹³⁴

Entretanto, independentemente da filiação ou não à existência de uma pós-modernidade¹³⁵ – ou da maneira com que essa é descrita –, é inegável a crescente adoção da expressão como forma de diagnóstico da sociedade, mesmo sem possuir um assento pacificado sobre o seu sentido, como bem comenta Eduardo C. B. Bittar:

Apesar de toda problemática que envolve a afirmação desta expressão, “pós-modernidade” parece ter ganhado maior alento nos vocabulários filosófico (Lyotard, Habermas, Beck) e sociológico (Bauman, Boaventura de Souza Santos) contemporâneos, e ter entrado definitivamente para a linguagem corrente. O curioso é perceber que é esta já a primeira característica da pós-modernidade: a incapacidade de gerar consensos.¹³⁶

A reflexão constituinte do pós-moderno possui uma litigiosidade teórica ímpar, a saber, por uma característica imanente à sua própria materialização como conceito: afirmar o pós-moderno é, ao mesmo tempo, afirmar o moderno. Está escamoteada na compressão da pós-modernidade a própria idéia de modernidade, mais precisamente, entender/reconhecer o “pós-do-moderno” implica construir, necessariamente, uma noção de modernidade, para, então, julgar se esta pode ser compreendida, realmente, como uma “realidade” que não se experimenta mais.

¹³⁴ Segundo Lash: “[...] en mi critério, el posmodernismo es estrictamente cultural. Es sin duda una especie de ‘paradigma’ cultural. Los paradigmas culturales, como los paradigmas científicos, son configuraciones espacio-temporales. En el plano ‘espacial’ comprenden una estructura simbólica más o menos flexible que, cuando es sometida a una tensión excesiva, pierde su forma e passa a constituir outro paradigma cultural diferente. En el plano temporal – como ocurre com los paradigmas científicos de Kuhn o los discursos de Michel Foucault – toman forma, perduran un tiempo y luego se desintegran. [...] Mas específicamente, el posmodernismo y otros paradigmas culturales son lo que yo llamo regímenes de significación [...] El posmodernismo es um régimen de significación sumamente idiosincrásico. Se trata de um régimen de significación cuyo rasgo estructurante fundamental es la ‘des-diferenciación’” (LASH, Scott. **Sociologia del Posmodernismo**. Traducción por Martha Eguía. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1997. p. 20 e ss.).

¹³⁵ O correto tratamento desse tema geraria, por si só, uma tese à parte. Contudo, para os objetivos aqui propostos, limitar-se-á a introduzir uma breve apresentação do estado da arte dessa discussão para, com isso, futuramente, problematizar suas conseqüências na operacionalização da Direito Penal.

¹³⁶ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 97.

Notadamente, é nessa premissa supracitada que se posiciona a obra de Anthony Giddens, denunciando mais as “conseqüências de uma modernidade” do que necessariamente o emergir de uma ruptura inédita rotulada por pós-modernidade. Para Giddens, a desorientação que se existencializa na impossibilidade de aquisição de um conhecimento sistemático sobre a organização social resultaria, prioritariamente, da sensação de que muitos foram apanhados por um universo de eventos que não compreendem plenamente, e que parecem, em grande parte, estar fora de qualquer controle. Assim, Giddens afirma que,

[...] para analisar como isto veio a ocorrer, não basta meramente inventar novos termos, como a pós-modernidade e o resto. Ao invés disso, temos que olhar novamente para a natureza da própria modernidade a qual, por certas razões bem específicas, tem sido insuficientemente abrangida, até agora, pelas ciências sociais. Em vez de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as conseqüências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes. Além da modernidade, devo argumentar, podemos perceber os contornos de uma ordem nova e diferente, que é ‘pós-moderna’; mas isto é bem diferente do que é atualmente chamado por muitos de ‘pós-modernidade’.¹³⁷

Da mesma forma que Giddens, questionando-se acerca da possibilidade de constituição de um pós-moderno, André-Jean Arnaud entende que, muitas vezes, se ridiculariza o termo pós-modernismo devido ao fato que o único critério viável para a sua delimitação é o fato de não ser possível nenhum critério.¹³⁸ Ora, uma vez tida como verdadeira a possibilidade de definição do pensamento “moderno”, através de um conjunto de características, parece concebível, para Arnaud, a hipótese de que o

¹³⁷ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da Modernidade**. Traduzido por Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 12-3.

¹³⁸ ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito e do Estado**. Traduzido por Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 201.

pós-moderno se dá por uma superação desses elementos caracterizadores da modernidade.¹³⁹

Portanto, desenvolvendo-se essa hipótese de Arnaud, materializam-se oposições dicotômicas entre modernidade e pós-modernidade, isto é, passar-se-ia da abstração para o pragmatismo; do subjetivismo para o descentramento do sujeito; do universalismo para o relativismo; da unidade da razão para a pluralidade de racionalidades; da axiomatização para lógicas estilhaçadas; da simplicidade para a complexidade; da sociedade civil/Estado para o retorno da sociedade civil; da segurança para o risco.¹⁴⁰

Nesse mesmo sentido, na esteira dessas provocações e polemizando acerca do conceito de moderno, desenvolve-se a modernidade singular de Frederic Jameson:

Como então os ideólogos da ‘modernidade’ (em seu sentido atual) conseguem distinguir o seu produto – a revolução da informação e a modernidade globalizada do livre-mercado – do detestável tipo mais antigo, sem se verem envolvidos nas respostas a graves questões políticas e econômicas, questões sistemáticas, que o conceito de pós-modernidade torna inevitáveis? A resposta é simples: falamos de modernidades ‘alternadas’ ou ‘alternativas’. Agora todo o mundo conhece a fórmula: isso quer dizer que pode existir uma modernidade para todos, diferente do modelo padrão anglo-saxão, hegemônico. O que quer que nos desagrade a respeito desse último, inclusive a posição subalterna que nos condena,

¹³⁹ Torna-se congruente, com isso, a tese de Arnaud, referente à observação de elementos pós-modernos no Direito, vinculados ao fenômeno da globalização: “Ora, se é verdade que o pensamento ‘moderno’ pode ser definido recorrendo-se a um certo número de critérios, não é imprudente colocar a hipótese que uma abordagem pós-moderna bem poderia ser constituída pela superação destes últimos, e que bem poderia ser constituída pela superação destes últimos, e que bem poderia haver coincidência entre estes critérios e os da globalização. Em outras palavras, se for preciso encontrar critérios de um pós-modernismo em direito, eu começaria por me referir aos do ‘modernismo’. Por consequência, minhas teses são as que se seguem: 1º) que a pós-modernidade em direito se caracteriza por uma preocupação de superação dialética do paradigma ‘moderno’ fundado sobre um feixe de conceitos englobando abstração e axiomatização do direito, subjetivismo, simplicidade e segurança das relações jurídicas, separação da sociedade civil e do Estado, universalismo e unidade da razão jurídica; 2º) que a crise contemporânea do Estado, do direito e da justiça – denunciada de forma permanente e em vão desde quase meio século – bem poderia ter como causa cientemente alimentadas pelo solo enfraquecido no qual elas procuram, no entanto, ainda se expandirem, isto é, o do pensamento jurídico acidental ‘moderno’; 3º) que a globalização bem poderia, pelo menos em parte, coincidir intelectualmente com um pensamento jurídico pós-moderno” (ARNAUD, 1999, p. 201-2).

¹⁴⁰ ARNAUD, 1999, p. 203.

pode apagar-se pela idéia tranqüilizadora e “cultural” de que podemos confeccionar a nossa própria modernidade de maneira de maneira diversa, dando margem, pois, a existir o tipo latino-americano, o indiano, o africano, e assim por diante. Ou podemos seguir o exemplo e de Samuel Huntington, catalogando tudo isso como variedades religiosas da cultura: uma modernidade grega, ou russo-ortodoxa, outra confucionista, e por ai vai, até chegarmos a um número toybeeano.¹⁴¹

Seguindo na inexorável necessidade de clarificação de uma forma para a modernidade, a polissemia na configuração do “moderno” é analisada por Jameson com a estruturação de quatro máximas: (I) a impossibilidade de não-periodização; a (II) negação da modernidade como conceito filosófico, e sim como categoria narrativa; a (III) impossibilidade de organização da narrativa da modernidade sob categorias de subjetividade; e, finalmente, (IV) a afirmação de que nenhuma teoria da modernidade tem sentido hoje, se não for capaz de chegar a bons termos com a hipótese de uma ruptura pós-moderna com o moderno.¹⁴²

Desse modo, o que interessa registrar da contribuição de Jameson para o conceito de pós-modernidade – ou para a dependência deste de uma visão de modernidade – apresenta-se como uma denúncia da sintomática insistência em se manterem velhas concepções da modernidade diante da situação da pós-modernidade, com suas múltiplas transformações. Para ele, as máximas acima citadas demonstram uma alteração de situação, que exige uma resposta teórica diferente, mas sem a imposição de um “conceito” particular de pós-modernidade ou, também, da mera conclusão de que não houve nenhuma transformação, que se está experimentando, ainda, uma realidade social que pode ser rotulada por moderna. Portanto, pode-se identificar, na quarta máxima, uma espécie de conclusão acerca do debate conceitual constituinte do pós-moderno, melhor dizendo, da teoria da modernidade hodierna depende a construção da forma pós-moderna, bem como a delimitação de suas rupturas.

Diante da já demonstrada complexidade circundante do tema pós-modernidade, cabe inserir a observação luhmanniana sobre a questão, uma vez que é essa a matriz teórica que permeia a construção do presente trabalho. Com isso,

¹⁴¹ JAMESON, Fredric. **Modernidade Singular**: ensaio sobre a ontologia do presente. Traduzido por Roberto Franco Valente. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 21-2.

¹⁴² *Ibidem*, p. 112-3.

pode-se partir da concepção de que, para Luhmann, a declaração de uma pós-modernidade teve, já de início, um mérito: possibilitou o reconhecimento de que a sociedade moderna perdera a confiança na correção da descrição de si mesma.¹⁴³

A polémica anteriormente relatada exterioriza uma pluralidade de descrições que se lançam na tarefa de dar o sentido da sociedade, o que, conseqüentemente, ressalta a contingencialidade dessas formas. Logo, poder-se-ia concluir pela impossibilidade – ou não-existência – de descrições vinculantes da sociedade na sociedade. Entrementes, Luhmann adverte que isso não seria o fechamento do problema, e sim, o seu ponto de partida, isto é:

Podríamos conceder gustosos que no hay en la sociedad una representación vinculante de la sociedad. Pero ése no sería el final, sino el comienzo de una reflexión en forma de autoobservaciones y autodescripciones de un sistema que tienen que ser propuestas y realizadas en el sistema mismo, dentro de un proceso que a sua vez es observado y descrito.¹⁴⁴

Almejar a construção da forma da sociedade, adotando-se a perspectiva sistêmica como base, implica uma observação que, por sua vez, depende da idéia de forma para se promover, uma vez que observar é realizar uma diferença, operar uma distinção e indicação, que acabam por constituir, assim, uma forma. Destarte, é mister reconhecer que o inventário teórico, sumariamente apresentando, organiza-se como opções de observação, isto é, são formas (diferenças) concorrentes na descrição da sociedade. Luhmanniamente, a diferença está em se defender que a lógica do observar e descrever deve ser reajustada, no sentido de transitar das estruturas da monocontextualidade para estruturas eivadas pela policontextualidade.

A justificativa dessa transição se apóia na figura de Gotthard Gunther, na qual se capta a necessidade de se renunciar à homogeneidade que – no edifício teórico luhmanniano – traduz-se como a impossibilidade de uma descrição da sociedade operar como fundamento último de validade, ou rogar-se a capacidade de julgar as demais descrições possíveis.

¹⁴³ LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la Modernidad** – racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Traducción por Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997. p. 9.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 9-10.

Todo ato de observação está sedimentado paradoxalmente, uma vez que é dependente das distinções que emprega, sem ter a capacidade de refletir sobre a unidade dessas distinções. Ao se observar, não se pode ver o que não se pode ver, do contrário, se é bloqueado em sua observação. Com isso, na seqüência dessa reflexão,

[...] cuando se comprende la autodescripción de la sociedad como una operación que, a su vez, puede observarse y describirse dentro de la sociedad, entonces no puede evitarse el concebir todo observar y describir como ocultamiento y despliegue de la paradoja de la unidad; se entiende de por sí que eso puede suceder de múltiples maneras.¹⁴⁵

Tudo o que se constitui numa descrição da sociedade só se materializa se valer para si mesmo. A passagem para uma policontextualidade¹⁴⁶ representa a idéia de que a unidade somente pode se expressar na forma de uma observação de segunda ordem que, em outras palavras, quer dizer que cada descrição deve conter

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Traducción por Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 899.

¹⁴⁶ Uma contundente descrição dos reflexos da policontextualidade na observação do Direito é ministrada por Leonel Severo Rocha e Délton Winter de Carvalho, ao analisarem a questão dos novos direitos, como a ecologia: "Com o deslocamento dos centros de poder e o surgimento de novas formas institucionais, a racionalidade jurídica desprende-se de uma postura monológica reproduzida pelo Estado. Nesta perspectiva, pode-se observar que a chamada 'crise' da Teoria do Direito da modernidade está ligada à existência de uma crença numa certa idéia de racionalidade finalística ligada, por sua vez, a uma noção forte de Estado (podendo ser citado, ilustrativamente, a figura de Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito). Toda a Teoria Jurídica da modernidade é uma teoria ligada à noção de Estado (normativismo), sob a fundação de um discurso centralizado monológico centralizado na racionalidade estatal orientadora da dinâmica social. Nesta perspectiva, o Sistema do Direito passa por enormes dificuldades em responder aos problemas referentes aos 'novos Direitos', por deter uma estrutura baseada no individualismo, na programação condicional (voltada ao passado), num antropocentrismo restritivo, quando, na verdade, a questão ecológica requer uma Teoria do Direito, epistemologicamente, fundada na solidariedade intergeracional, na transdisciplinaridade, e, acima de tudo, na necessidade de controle e programação do futuro (programação finalística). Por tudo isto, Teubner propõe o Direito Reflexivo. Tal panorama revela uma necessidade de superação das matrizes analítica e hermenêutica, na direção de uma matriz pragmático-sistêmica, na qual o Direito é visto de uma forma reflexiva, como fenômeno social, histórico, e sua formação decorre da observação e reação às dinâmicas sociais (integrações entre uma pluralidade de discursos específicos globais). O aumento significativo da complexidade e incerteza, que engendra as ações em Sociedade, demonstra a necessidade da abordagem de uma nova matriz teórica a fim de remediar a racionalidade moderna do Direito, diretamente vinculada à idéia de Estado. Conseqüentemente, as reflexões da Teoria Jurídica passam a ter uma maior vinculação com uma Teoria da Sociedade, repercutindo num aumento da própria abstração, complexidade e a radicalização da transdisciplinaridade interna à Teoria do Direito (reflexivo). A importância da observação da policontextualidade das questões ambientais exige um Direito reflexivo para a efetividade do Estado Ambiental e seus instrumentos jurídicos dogmáticos (ação civil pública, responsabilidade civil, tutelas de urgência, perícias ambientais, termos de ajustamento de conduta, inquérito civil, etc.). Por policontextualidade, entende-se a proposta de uma metáfora dotada de um valor heurístico para a observação de vários sistemas (política, economia, direito) que atuam segundo racionalidades específicas, e, sobretudo, levam a produção de ressonância nos demais sistemas (economia, por exemplo) através da utilização de instrumentos jurídicos, num processo social co-evolutivo" ROCHA, Leonel S.; CARVALHO, Délton W. de. Policontextualidade Jurídica e Estado Ambiental. In: SANTOS, André L. C.; STRECK, Lenio L.; ROCHA, Leonel S.(orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 142-3.

o fato de que outras observações descrevem de outra maneira; as descrições devem incluir nelas mesmas a possibilidade de sua transcendência como descrição. Para fins de compreensão da forma total do social, isso representa a posição sistêmica de que a sociedade deve ser conceituada como unidade capaz de modificar-se, o que, por sua vez, afirma justamente sua reflexividade, que pontua as críticas sistêmicas quanto à possibilidade semântica do conceito de pós-modernidade.

Um dos pontos de partida mais utilizados na formulação do conceito de pós-modernidade é a tese do fim – ou impossibilidade – dos grandes relatos. Todavia, sistemicamente, essa tese não se sustenta. Basta utilizar essa premissa de forma autológica que ela se auto-invalida, isto é, afirmar a impossibilidade de relatos (fórmulas descritivas) é, inexoravelmente, um relato. Se for inserida essa distinção a si mesma, ela se desqualifica como premissa, uma vez que, se realmente estiver certa – a impossibilidade de formação de relatos descritivos –, anula a si própria, por também ser um relato.

A proposta sistêmica, nesse caso, segundo a perspectiva luhmanniana, é de reformulação da compreensão das teses autodescritivas universalistas. Essas teses de cariz universalista – que incluem a própria proposta teórica da teoria dos sistemas autopoiéticos – não necessitam de exclusividade, ou serem as únicas corretas, pelo simples fato de que a função dessas teorias é justamente a de permitir equivalentes funcionais.¹⁴⁷

Com uma complexidade e sofisticação coerentes com a realidade social, Niklas Luhmann observa a modernidade através de uma distinção entre estrutura social e semântica. A escolha por tal distinção se justifica pela assumida postura reflexiva de sua teoria. Logo, nada mais profícuo do que eleger, para a análise da modernidade, uma distinção que contenha a si mesma, ou seja, a distinção entre estrutura social e semântica é, ela mesma, uma distinção semântica. Basta que se entenda que

¹⁴⁷ LUHMANN, 2007, p. 906.

[...] este punto de partida contiene ya en su núcleo toda la teoría de la modernidad. Porque el análisis no empieza con el reconocimiento de acreditadas leyes naturales, ni tampoco con principios racionales e con hechos ya establecidos o indiscutibles. Empieza con una paradoja que habrá que resolver de uno o otro modo si se quiere reducir una carga informativa infinita a una finita. Con ello el análisis reclama para sí las características de su objeto: modernidad.¹⁴⁸

Luhmann demonstra, com essa observação, a necessidade de uma tematização da sociedade moderna em um nível semântico.¹⁴⁹ A busca por caracterizações potencialmente descritivas do período moderno exemplifica-se com o destaque da razão, principalmente na construção da subjetividade¹⁵⁰ e a conseqüente valoração do sujeito do conhecimento.

A insuficiência desse esquema teórico, arraigado na superestimação do sujeito, é atribuída à descontextualização de sua operatividade, que não consegue observar a complexidade contingencial, produtora de risco da atual sociedade. Criticam-se também as abordagens essencialmente histórico-conceituais como a distinção antigüidade/idade média, que se restringem a uma escamoteada distribuição de elogios e reprovações.¹⁵¹ O que se pode concluir, então, é a desorganização de sentido presente em nossos tempos. O discurso da pós-modernidade faz com que o ser humano se depare com a ameaça da desconfiança nas formas de autodescrição da sociedade construídas a partir de tentativas de metarrelatos.

¹⁴⁸ LUHMANN, 2007, p. 13-4.

¹⁴⁹ No "Why Does Society Describe Itself as Postmodern?" fica nítida a posição de Luhmann: "The discussion about modern or postmodern society operates on the semantic level. In it, we find many references to itself, many descriptions of descriptions, but hardly any attempt to take realities into account on the operational and structural level of social communications. Were we to care for realities, we would not see any sharp break between a modern and postmodern society. [...] A sociological description of modern or modern society will not start from the 'project modernity', nor from the 'postmodern condition'. These as self-descriptions of our object, more or less convincing, two among many others (such as capitalist society, risk society, information society). Our object includes its own self-descriptions (including this one), for observations and descriptions exist only within the recursive context of communication that is and reproduces the societal system. But sociology can talk with its own voice." LUHMANN, Niklas. *Why Does Society Describe Itself as Postmodern?* In: RASCH, William; WOLFE, Cary. **Observing Complexity Systems Theory and Postmodernity**. University of Minnesota, 2000. p. 35 e ss.

¹⁵⁰ A formação dessa subjetividade será de grande importância para a criação da dogmática penal, notadamente, na organização e formalização da individualização da ação e do fato punível, que se abordará no decorrer da presente Tese.

¹⁵¹ LUHMANN, 1997b, p. 14-6.

Contudo, transcendendo a simples oposição de opiniões, a teoria dos sistemas luhmanniana pontua a polissemia ensejadora da descrição do social denunciando uma interessante mudança de fórmula. A definição da sociedade sempre representa a difícil tarefa de abarcar a complexidade do sistema total, isto é, traduz-se como uma árdua construção simbólica que atenda a toda a complexidade constituinte desse sistema máximo. Logo, compreensivelmente, tal tarefa não pode ser realizada sem a efetuação de reduções, uma vez que a complexidade do sistema total (sociedade) não pode ser acessível senão por uma dessas reduções. Em outros termos, basta observar que, até hoje, adotam-se características específicas de sistemas da sociedade para, com isso, descrever-se todo o sistema social; apoiando-se em elementos pontuais da operatividade de um sistema social, promovem-se generalizações para dar forma ao todo entendido como sociedade.

É por essa razão que se conhecem descrições como o capitalismo, destacando a economia monetária; a idéia de uma sociedade industrial, sublinhando a produção orientada para o mercado ou a ascensão de uma técnica sustentada pela ciência; o Estado Nacional, uma descrição que ambiciona a unidade conceitual da sociedade por uma síntese de critérios do sistema político.¹⁵²

A alteração de critérios na observação da sociedade – que, a partir da teoria dos sistemas, é entendida como fórmulas descritivas –, delinea-se pelo abandono das reduções de critérios singulares de subsistemas, passando para uma ênfase em elementos da própria comunicação, isto é:

Últimamente, sin embargo, se agregan descripciones que ya no se acomodan a este limitar-se a sistemas funcionales singulares, sino que en lugar de ello enfatizan aspectos de la comunicación y los aprovechan para el análisis diferencias históricas. Pienso en lemas como los de ‘sociedad de la información’ o de ‘sociedad del riesgo’. Aun estas fórmulas – por la doble necesidad de reducir complejidad y enfatizar lo históricamente nuevo – se dejan seducir al tomar como representativos algunos fenómenos particulares.¹⁵³

Como se afirmou no início do presente capítulo, a sociedade nunca foi tão adjetivada. Entretanto, o destaque luhmanniano às formas “sociedade de

¹⁵² LUHMANN, 2007, p. 862.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 862-3.

informação” e “sociedade de risco” é semanticamente problematizado; não os aborda de outra maneira senão pela observação reflexiva. Os dois conceitos estão erigidos autologicamente, isto é, pergunta-se se, com a forma “sociedade de informação”, não se está, justamente, a ofertar uma informação sobre a sociedade, ou se não se está correndo riscos ao se observar uma sociedade como uma “sociedade de risco”.

A sutileza dessa análise sistêmica não repousa em mero malabarismo teórico. Seu reconhecimento é imposto pela premissa, já destacada, de se observar a questão da modernidade, ou pós-modernidade, como uma distinção entre estrutura social e semântica. Logo, nas palavras de Luhmann,

[...] si se observa la forma de estos conceptos y, entonces, también el “outro lado” que traen consigo sin señalarlo, se esclarece la profundidad a la vez que el límite de estas fórmulas de autodescripción. La información entonces se, convierte en un acontecimiento de distinción específico de un sistema que es inobservable desde fuera. La sociedad de la información se singulariza por su desinformación estructural y crónica. Todo sistema se las arregla produciendo sus propias informaciones e prosigue su propia *autopoiesis* reaccionando a los acoplamientos estructurales y reestructurándose conforme a sus irritaciones sin ser accesible como unidad desde dentro o desde fuera – a no ser en el modo específico de la observación, dependiente de distinciones en cada caso específicas, que a su producen información, aunque sólo para el sistema que la utiliza operativamente. Riesgo sería un lema para la autodescripción de un sistema con sus decisiones limita el ámbito posible de variación del futuro sin ser capaz de determinar su propio futuro. Todo presente-futuro será resultado de la evolución. O para formularlo de manera paradójica: sobre el futuro no decide la decisión sino la evolución. Pero si se quiere representar eso en la situación de decisión que se ha producido una vez perdida la confianza en las capacidades de obrar y de reconocer errores, entonces riesgo es la descripción adecuada de ello.¹⁵⁴

Desses dois conceitos problematizados, sociedade de informação e sociedade de risco, o segundo é o que vem sendo mais nomeado como causador de incongruências no subsistema jurídico-dogmático, desencadeando grandes debates acerca de seus reflexos na construção e operacionalização do Direito, principalmente no subsistema parcial do Direito Penal. Por tal razão, a observação do risco merece uma análise maior, para posteriormente inserir em sua relação com a dogmática penalista.

¹⁵⁴ LUHMANN, 2007, p. 866.

2.4.1 A forma do risco

A tematização social (comunicação) da contingência – da situação acidental, da ocorrência não-prevista de eventos, ou de qualquer outro acontecimento não-harmonizado com certas premissas de controle da “normalidade” –, em um discurso comum, recebe, indiscriminadamente, o signo do risco como marca delimitadora do seu sentido.

Em contraponto, almejando uma profundidade maior na construção do conceito do risco, depara-se com certas limitações epistemológicas, como a impossibilidade de entender o risco como um objeto existente, pronto para ser analisado e problematizado.

La primera impresión que estos breves lineamentos producen es que se delinea aquí un problema complejo: precisamente el que es motivo de la conceptualización, pero que ésta no lo alcanza a caracterizar suficientemente. No se trata de un simple cálculo de costos con base en pronósticos seguros. Pero tampoco se trata de la supernorma ética clásica de la mesura o moderación (modestas, mediocritas) y de la justicia (*iustitia*) en toda búsqueda de bienes por sí deseables. No se trata de estas formas atemporales, por así decirlo, de la racionalidad con la que una sociedad estacionaria daría cuenta de la idea de que la vida es una especie de mezcla de ventajas y desventajas, de perfecciones y corrupciones que pueden dolerse, y que una proporción demasiado grande de lo bueno no necesariamente resulta provecho.¹⁵⁵

Portanto, pode-se afastar, inexoravelmente, qualquer pretensão de abarcar, em esquemas racionais (causa e efeito), a dimensão e forma que possa vir a ter o sentido do risco. Pelo simples motivo que existe uma quantidade inimaginável de fatores (complexidade) que podem contribuir para que algo ocorra de maneira imprevisível. Por isso, quando é questionada a forma com que a tradição racionalista procura lidar com o risco, não deve causar surpresa a resposta, isto é,

¹⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del Riesgo**. Traducción por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 56.

“racionalmente” falando, não é possível tratar o risco; deve-se simplesmente negá-lo.¹⁵⁶

Sabendo dessas limitações e dificuldades da abordagem mais ordinária do risco, a teoria luhmanniana procura perfilar sua concepção sistêmica do risco por outro caminho. A sua proposta teórica do risco organiza o seu conceito no plano de uma observação de segunda ordem, que nada mais é que reconhecer a necessidade de se problematizar o próprio conceito.

Inicia-se pelo entendimento de que todo observador se vale de uma distinção, ou seja, para observar, ele necessita efetuar uma diferença. Este observador aplica uma distinção para poder diferenciar e indicar algo, sendo que só consegue indicar algo distinguindo, e só distingue algo indicando, o que no final emerge como uma unidade, uma forma de dois lados. A transição de um lado para o outro requer tempo. Não é possível, portanto, observar ambos os lados de uma vez, apesar de que cada lado é ao mesmo tempo o outro lado do outro. Da mesma forma, não pode (o observador) observar a unidade da distinção de que ele próprio está se valendo para observar. Para tanto, ele deve distinguir esta distinção, ou seja, utilizar outra distinção para observar uma observação.

A teoria luhmanniana exemplifica dois tipos de distinção: a distinção-objeto e a distinção-conceito. A primeira se define (diferencia) como a distinção que caracteriza algo, distinguindo-o de todo o resto, sem, contudo, especificar o outro lado da distinção. Já a distinção-conceito notabiliza-se como a distinção que se dá pela oposição de lados específicos, como justiça/injustiça, quente/frio, alto/baixo etc. Logo, tanto os objetos quanto os conceitos são construções de um observador e resultam dependentes entre si.¹⁵⁷

Cabe, portanto, questionar-se sobre como se desenvolve tal teoria da observação frente ao tema do risco, ou seja, é possível indagar como pode ser observado o risco; como um observador o diferencia e o indica. Pois bem, parte-se

¹⁵⁶ De maneira clara, opõe-se Luhmann na seguinte passagem: “[...] la negación de un riesgo, cualquiera que sea su índole, constituya también, sua vez, um riesgo” (LUHMANN, 2006, p. 63).

¹⁵⁷ LUHMANN, 2006, p. 60-1.

da seguinte afirmação: o risco está presente no próprio ato da observação. Destarte, poder-se-ia deduzir que, se ele consta na observação, bastaria aplicar uma diferença (observação) sobre a primeira diferença (primeira observação), e, assim, ele seria conhecido. Todavia, ao se realizar isso, Luhmann adverte que se está simplesmente repetindo o problema no campo da segunda ordem, sendo que também as diferenciações/designações de diferenciações, consistem, por sua vez, em diferenciar e designar, ou seja, observar.¹⁵⁸

Nesse sentido, Luhmann é preciso:

[...] cuanto un sistema dispone de posibilidades de observación de segundo orden – y eso se puede suponer en la sociedad moderna y en todo caso para sus sistemas funcionales – se puede reconocer que no es posible ver lo que no se puede ver; que se está sujeto a la distinción que se utiliza em cada caso (porque no existe la posibilidad de observar sin diferenciar), y sólo es posible escaparse mediante el rechazo y la aceptación de outra distinción, para la cual vale luego lo mismo. En este nivel de la observación autológica de la observación, la distinción se convierte en un riesgo, y más precisamente, en un riesgo que ningún observador puede evitar.¹⁵⁹

Reconhecida e dimensão epistemológica do risco luhmanniano, passa-se a perquirir a possibilidade de se operar com a idéia de forma, anteriormente exposta, o que, necessariamente, impõe a construção de uma diferença apta a produzir a semântica do risco. Entendendo-se sempre por forma um limite, um corte que divide dois lados, questiona-se acerca do que se opõe ao risco nessa forma, do que ele (risco) se diferencia na observação.

Indiscutivelmente, domina a concepção de que o conceito de risco se estruturaria em uma oposição à noção de segurança. Notoriamente, entende-se cabível a observação de situações em que se está a optar entre o risco e a segurança; julga-se viável afirmar que, em uma situação o risco, está presente, e na outra, não. Contudo, entende-se ser insuficiente este posicionamento para os fins de uma consistente problematização da dimensão do que vem a ser o risco, tendo em vista que a validade da oposição risco/segurança dilui-se ao se questionar se é possível imputar como segura alguma situação.

¹⁵⁸ LUHMANN, 2006, p. 123.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 124.

A partir da construção sistêmica do risco, a alternativa aparentemente segura implicaria a dupla segurança de que não surja nenhum dano e de que se perde a oportunidade que possivelmente iria realizar-se por meio da variável arriscada o que, como bem afirma Luhmann, é um argumento falacioso.¹⁶⁰

Para a uma sofisticação e aprofundamento da análise do risco, é imprescindível a superação dessa fórmula risco/segurança, pois, como demonstrado, não há decisão segura.¹⁶¹ Se fosse possível eleger entre uma decisão “segura”, ou arriscada, quando se correria risco? Caso fosse possível conhecer a segurança – delimitá-la, separá-la, isolá-la etc. –, o risco nunca se manifestaria, ou seja, não se pode deliberar se se quer correr riscos ou não, como didaticamente descreve Corsi:

[...] no se puede tener seguridad frente a los daños futuros. El mismo intento de evitar los riesgos (por exemplo conducir a baja velocidad) se puede volver riesgoso (porque se arribo tarde, porque se pudo hacer outra cosa, o porque se terminó siendo embestido por outro). Por conseguinte, la oportunidad puede convertirse en daño y esta es una carga que está presente en toda decisión; la antigua receta de la *prudencia* ya no ayuda mucho en la actualidad.¹⁶²

Contudo, segue a questão, então, de como observar esse risco, como realizar a constituição de sua forma sem se apoiar numa relação dependente da aceção de uma segurança.

Para tanto, deve-se erigir que o conceito de risco se vincula à possibilidade de danos futuros como decorrência de qualquer decisão particular. Há uma interdependência na tensão presente e futura, ou seja, sabe-se que decisões do

¹⁶⁰ LUHMANN, 2006, p. 66.

¹⁶¹ Com relação a essa questão institucional da segurança, podem-se adiantar, nas palavras de Rocha, os primeiros pontos de tensão na relação risco/Direito Penal: “[...] o Direito Penal – uma área que foi institucionalizada e caracterizou a nossa sociedade evoluindo até uma noção de Estado de bem-estar de um Direito penal positivo, até um Direito Penal mínimo, de recuperação do delinqüente, muito mais social. Pois o Direito Penal, hoje, e não estou falando somente de Brasil, na própria Europa, o Direito Penal é caracterizado pela idéia de vingança e segurança. O Direito Penal hoje está completamente desinstitucionalizado de suas características tradicionais, o problema do Direito penal é a segurança, a sociedade quer segurança, esse é o novo instituto que está surgindo dentro do Direito Penal” ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo direito. *In*: ROCHA, Leonel S.; STRECK, Lenio, (orgs.). **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 317.

¹⁶² CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 142.

presente afetam o futuro; o problema é que não se sabe de que maneira, exatamente, isso irá se dar. É nesse sentir que se apresenta a distinção risco/perigo, desenvolvida por Luhmann. O risco carece de uma atribuição de danos, e é nessa atribuição que se insere a observação de segunda ordem (observador que observa outro observador) já referida.

Com essa forma de observação, distingue-se o risco, em um sentido específico, das várias formas de compreensão do que seja a incerteza, como o perigo:

Esta forma de observación distingue el riesgo en sentido estricto, de otras situaciones de incertidumbre o de peligro: mientras que con la designación de peligro se entiende, de manera general, una posibilidad de dano digna de atención, se habla de riesgo sólo en el caso en el dano se hace posible como consecuencia de una decisión tomada en el sistema y que no puede acontecer sin que hubiera mediado tal decisión. El peligro de mojarse en caso de lluvia (in evento incontrolable en el medio ambiente) se ha transformado en riesgo con el invento del paraguas, ya que el peligro de ampaparse ahora es consecuencia de la decisión de echar (o no) mano de él.¹⁶³

Não há decisões livres do risco. Logo, antigas concepções referentes ao seu enfrentamento – como a premissa de que o acúmulo de informação oriunda de pesquisas científicas geraria um conhecimento capaz de levar á segurança – devem ser reformuladas. A experiência prática ensina que ocorre justamente o contrário: quando mais se sabe, mais se constitui uma consciência do risco. Embora mais racionalmente se calcule e embora mais complexo seja o cálculo, de mais aspectos se fica precavido, e com eles virá maior incerteza quanto ao futuro, conseqüentemente, mais risco.¹⁶⁴

Ao se voltar para a percepção do futuro, segundo Luhmann, pode-se apenas organizar essa observação através da probabilidade, isto é, esse futuro somente pode ser percebido em suas características como mais ou menos provável ou mais ou menos improvável.¹⁶⁵ Dessa limitação, impõe-se a conclusão de que nada pode

¹⁶³ CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 142.

¹⁶⁴ LUHMANN, 2006, p. 74.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 94-5.

afirmar o conhecimento ou a possibilidade de determinação do futuro. Com essa leitura sistêmica, o risco passa a ser observado como uma forma para a constituição de formas no meio do provável, e essa concepção que irá colidir o subsistema parcial do Direito Penal e sua dogmática é que se passa analisar.

3 A FORMA E (RE)FORMA DO TIPO PENAL

A partir das transformações¹⁶⁶ apresentadas na observação da sociedade pós-moderna, a perquirição de reflexos (irritações) na construção da forma do subsistema parcial do Direito Penal passa a trajar-se como atividade imperativa da pauta científica jurídica.

A comunicação atinge níveis de complexidade cada vez mais elevados, demandando dos subsistemas sociais uma operacionalidade de alta proficiência. Com isso, é inobjektável o reconhecimento de que, na produção jurídica penalista, figura o desenho de uma transição. Seu contorno atual se apresenta como um desconforto; um desconforto que se dá pela dúvida acerca da função, ou de forma mais ordinária, da perquirição de uma correta finalidade da dogmática penal na sociedade de risco.

Na doutrina, aponta-se para a dificuldade de inserção congruente do Direito Penal¹⁶⁷ no espaço comunicativo que a forma de sociedade diferenciada lhe empurra, transformando-o em uma construção teórica que não se faz mais

¹⁶⁶ Como retrato edificante dos reflexos a que se faz menção, destaca-se a análise de José Eduardo Faria: "Diante do policentrismo que hoje caracteriza a economia globalizada, pondo em xeque os três princípios básicos da soberania (a supremacia, a indivisibilidade e a unidade do Estado-nação), o direito positivo e suas instituições enfrentam enormes limitações estruturais. Uma delas é a redução de uma parte significativa de sua jurisdição. Como foram concebidos para atuar dentro de limites territoriais precisos, com base nos instrumentos de violência monopolizados pelo Estado, seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas tanto pela expansão das tecnologias de informação e produção, das redes de comunicação e dos sistemas de transportes quanto pela justaposição intercruzamento de novos centros de poder. E quanto maior é a velocidade desse processo, mais o direito positivo e os tribunais tendem a ser atravessados no seu papel garantidor de controle da legalidade por justiça e normatividades paralelas" (FARIA, José Eduardo. As transformações do Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 6, n°22, p. 3, abr.-jun. 1998).

¹⁶⁷ Já antecipando alguns pontos que serão desenvolvidos no presente capítulo, é esclarecedor o diagnóstico de René Van Swaaningen: "Aproximando-se ao clássico Beccaria as noções de lei criminal estão de fato no passado. A característica do pós-fato na lei criminal está abatida. O princípio de suspeito individual legal e o princípio relacionado de culpa estão também perdendo suas importâncias de pivô. O princípio da legalidade (a noção de direito romano que a intervenção penal pode somente tomar o lugar em casos descritos nos códigos penais e somente assim estes códigos prescrevem) não está mais dentro dos limites nos quais não existia a lei criminal e pode seguir agora como um gerenciamento de *ante delictum* de riscos e controle de todos os tipos, incivildades e até mesmo medos" (SWAANINGEN, René Van. Controle do Crime no Século XXI – Analisando uma nova realidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 11, n°42, p. 111, jan.-mar. 2003).

estruturante, que não se movimenta mais no subsistema jurídico sem causar, inexoravelmente, anacronismos e aporias.

Portanto, impõe-se uma reflexão atualizadora, ou até mesmo desconstruidora, da especificidade da comunicação *ius puniendi* na já denunciada sociedade pós-moderna, de risco, de informação, enfim, da sociedade complexa.

A clareza, advinda de um mínimo de organicidade, obriga a desenhar inicialmente a face de uma proposta de Direito Penal que, hodiernamente, se julga desconectada da complexidade social. O Direito Penal tradicional é assim nomeado como possibilidade de se vislumbrar a configuração de um sentido de paradigma penal, definido como reflexo do período identificado como modernidade.

Ao se abstrair momentaneamente de algumas diferenças impostas pela pluralidade de escolas ou teorias penais presentes no período moderno e se voltar para uma observação de viés sintético, eclodem características constituidoras de uma unicidade. Apresenta-se um modelo que atravessa suficientemente todos os discursos penais formatados na modernidade.

Um desses elementos identificadores é o destaque ao perfil público, isto é, a pertença do Direito Penal ao Direito Público, como uma manifestação do contratualismo político-filosófico da época. O Iluminismo efetua a transição de uma justiça punitiva privada para o monopólio da coação do Estado, operando a transferência do *ius puniendi*, isto é, a entrega das liberdades individuais – como bem descreve a obra genealógica de Cesare Beccaria¹⁶⁸ – a forma tutelar estatal. Nesse sentido, endossa Claus Roxin:

¹⁶⁸ Em passagem paradigmática, Beccaria efetua uma nova gênese do Direito Penal: “Percebe-se, em todas as partes do mundo físico e moral, um princípio universal de dissolução, cuja ação somente pode ser impedida em seus efeitos sobre a sociedade por meios que causem imediata impressão aos sentidos e que se fixem nos espíritos, para contrabalançar por impressões fortes a força das paixões particulares, em geral opostas ao bem comum. Qualquer outro meio não seria suficiente. Quando as paixões são fortemente abaladas pelos objetos presentes, os discursos mais sábios, a eloquência mais arrebatadora, as verdades mais excelsas não passam, para elas, de freios impotentes, que logo arrebatam. Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo. As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quando mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos” (BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 19-20).

A moderna discussão sobre os limites do poder punitivo estatal teve início no século XVIII, depois que os pensadores do Iluminismo erigiram a Teoria do Contrato Social na parte essencial de sua teoria política. Segundo ela, o Estado e o poder soberano não se assentavam na investidura divina, mas num ajuste contratual dos cidadãos que, por meio da associação organizatória e da investidura de um poder coator, pretendiam proteger a sua liberdade e a conveniência pacífica contra a intervenção de terceiros. Esse modelo ideológico tem repercussões essenciais sobre a função e os limites do poder punitivo estatal. Consistindo a função do Estado apenas em garantir a convivência de seus cidadãos, um comportamento apenas será punido se intervir de forma nociva nos direitos de outrem, mas não se for pecaminoso ou imoral.¹⁶⁹

Essa perspectiva publicista do fenômeno penal procura representar a sua sanção como a resposta de maior gravidade, ou seja, dentro da organização do Estado, a utilização da sanção penal representaria a supremacia do pacto político sobre a liberdade dos cidadãos, tendo, portanto, o caráter de resposta última.

Concomitantemente a essa característica, desdobram-se as angústias acerca da justificação e limitação desse poder público punitivo. Por tal razão, entende-se que a legitimação formal do poder se realiza pela sua adequação a uma estrutura legal, uma vez que é essa a expressão do pacto social constituinte do próprio Estado.

Como decorrência dessa monopolização coercitivo-estatal, vista principalmente como forma de controle, ferramentas como a supremacia da legalidade e a radicalização do formalismo eclodem como elementos basilares da observação do Direito Penal. A autoridade dele passa a se sustentar, a trajar-se, pela forma da legalidade que, no momento, é vista como a representação da própria idéia de racionalidade.¹⁷⁰

No período moderno, o Direito Penal é um Direito altamente formalizado, isto é, derivado de uma organização burocrática do poder estatal que se impõe por uma manifestação impessoal nas decisões, circunscritas à tutela protetora de bens

¹⁶⁹ TEIDEMANN, Klaus; ARZT, Gunther; ROXIN, Claus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 40.

¹⁷⁰ YACOBUCCI, Guillermo J.; GOMES, Luis Flávio. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. Traduzido por Lauren Paoletti Stefanni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 56.

jurídicos.¹⁷¹ A materialização do “bem jurídico”¹⁷² opera nesse sentido, como limite da ação penal, um limite da atividade legislativa sancionadora que deve se dar sobre um objeto passível de determinação e verificabilidade.

Destarte, interessa, *a priori*, a observação de que o Direito Penal na modernidade era entendido como um Direito Público, altamente formalizado, e que, inexoravelmente, se desenvolveu por meio da supremacia da legalidade, perseguindo a proteção de bens jurídicos essenciais para os indivíduos em sociedade. Através da base contratualista, o Direito Penal foi pensado como campo de ação dependente da identificação de sujeitos, isto é, o sujeito definido como um agente passível de imputação quando age de modo a violar os laços contratuais da ordem política, quando não confere respeito à lei, sendo vista esta como requisito básico de harmonização do poder. As leis penais se dirigem a sujeitos, uma herança teórica que, como se irá observar ao longo desta Tese, deverá passar por uma revisão crítica por força das alterações delimitadas pela forma da sociedade pós-moderna.

Com isso, a construção do “injusto penal” se moldou no eixo compreensivo da conduta externa de um agente (volitiva), que repercutisse em modificação lesiva de um objeto alvo de proteção, representado pelo bem jurídico. Ora, neste primeiro momento, a complexidade da ação no mundo era engessada, e quiçá negada, pela estandardização do delito comissivo doloso, ou seja, a modelagem da ilicitude se desenvolveu pela referência paradigmática a este tipo de ação.

¹⁷¹ Os intitulados “bens jurídicos” serão um dos principais pontos de crítica das novas correntes penais, em especial as compreendidas como funcionalistas. No decorrer da presente tese, será retomado o tema conferindo-lhe especial atenção, o que justifica por agora uma simples menção, sem uma reflexão maior.

¹⁷² Compreendido como: “Assim, originariamente, com base na mais pura tradição neokantiana, de matriz espiritualista, procura-se conceber o bem jurídico como valor cultural – entendida a cultura no sentido mais amplo, como um sistema normativo. Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Essas se convertem em valores culturais quando socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica” (PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 41).

Porquanto, como decorrência dessa “padronização”, não poderia ser outra a consequência senão o surgimento da dogmática, como bem aponta Yacobucci:

O modo de entender o poder sancionador do Estado, as realidades do delito e da pena, os princípios que os dirigem e os critérios de determinação teórica dos conceitos influem claramente no modo de se construir o saber penal originário. A ciência do direito penal surge atendendo a um paradigma básico que permite, de um lado, justificar sua existência e, de outro, obter a certeza própria dos saberes. É aqui que se situa o conceito de dogmática. De um lado, a ciência penal se vale dos modelos dominantes ou disponíveis naquele momento histórico. De outro lado, pretende cumprir as finalidades próprias de certeza e segurança que se reclamam de uma atividade tão agressiva. Por isso, a dogmática penal assume como objeto de estudo as leis positivas, codificadas. Esse é seu dogma, seu pressuposto empírico verificável.¹⁷³

Assim, fica sedimentado o Direito Penal, ou a já dogmática jurídico-penal, como um conhecimento dependente de uma leitura (formalização) da ação humana que se imporá como conceito edificador da epistemologia penal (criação da tipicidade penal), motivo esse que faz com que se implemente uma breve arqueologia sobre as construções doutrinárias que se voltaram sobre o tema. Dessa forma, avançar-se-á no esforço de contextualização do Direito Penal tradicional e, ulteriormente, tornar-se-á possível diagnosticar as fragilidades e incongruências desse paradigma jurídico-penal.

3.1 Aspectos doutrinários da Epistemologia Jurídico-Penal

3.1.1 O classicismo penal de Francesco Carrara

Uma vez destacado o marco moderno como importante ponto de reflexão sobre a constituição dos fundamentos do Direito Penal tradicional, através da inolvidável – por isso já citada – obra Cesare Beccaria, como ato contínuo e merecedor de certo destaque, emerge uma orientação político-social entendida

¹⁷³ YACOBUCCI, 2005, p. 39.

como reação contra os abusos medievais da justiça penal, corrente esta intitulada “Escola Clássica”.¹⁷⁴

A Escola Clássica rogava-se na posição de reação contra excessos do pensamento medieval penal tendo em vista que expunha uma razão limitadora do direito de punir do Estado. Ela se ligava à oposição de penas cruéis, corroborando com a abolição de penas capitais, corporais e degradantes. Nesse movimento, reivindicaram-se garantias para o indivíduo durante o processo e durante a aplicação de penas, ou seja, durante toda a administração do direito punitivo do Estado.

Um importante nome dentro da Escola Clássica é Francesco Carrara, principalmente pelo processo de autonomização que este opera frente à teoria penalista do século XIX. A obra de Carrara não foi, no plano político, revolucionária. Contudo, há que se ter em mente a influência exercida pela Igreja Católica na organização dos campos político e cultural da Itália. A consideração desse elemento aponta para o reconhecimento de um ambiente onde se materializou o catolicismo liberal, com o qual Carrara se identificara.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Denominada assim por Enrico Ferri: “Em seguida à generosa e eloqüente iniciativa de Cesare Beccaria, nos últimos anos do século XVIII e na primeira metade do século XIX, o estudo teórico da justiça penal, que já tinha iniciado procedentes mas incompletas sistematizações, determinou, sobretudo na Itália e depois na Alemanha, França e outros países, a formação de uma grande corrente científica, que em toda a parte se chamou e se ‘a Escola Clássica Criminal’, desde que assim eu a denominei, e com sentimento de admiração, na introdução sobre ‘os novos horizontes do direito e do processo penal’ pronunciada na Universidade de Bolonha, em 1880, na cátedra do meu professor Pedro Ellero, que – passando à Corte de Cassação em Roma – me designara como seu sucessor. E foi verdadeiramente um edifício de clássica majestade e beleza, que os grandes criminalistas desde Romagnosi a Filangieri, de Mário Pagano a Pellegrino Rossi, de Carmignani a Carrara, de Ellero a Pessina, construíram uma poderosa sistematização jurídica, que dominou os legisladores, a opinião pública e a quotidiana jurisprudência, continuando ainda hoje a sua influência como pensamento tradicional. E porque o estudo científico da justiça penal não pode deixar de refletir as correntes político-sociais, que, de época para época, atingem a vida do Estado, de que a justiça penal é função suprema quotidiana, por isso a Escola Clássica, em seguida à Revolução Francesa, teve uma orientação político-social em pleno acordo com as reivindicações dos ‘direitos do homem’. Mas o estudo da justiça penal não pode deixar de refletir, outrossim, as correntes filosóficas e especialmente as filosófico-jurídicas predominantes em cada período histórico: pelo que a Escola Clássica Criminal, como sistematização filosófico-jurídica, foi inspirada pela doutrina do ‘direito natural’, que foi um dos confluentes ideais da Revolução Francesa e valeu-se do método dedutivo, então imperante sem contrate nas ciências morais e sociais” (FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Traduzido por Luiz de Lemos D’Oliveira. Campinas: Russel, 2003. p. 45-6).

¹⁷⁵ Como demonstra Ricardo Brito A. P. Freitas, “[...] a preocupação dos católico-liberais italianos tinha duas vertentes. Ao mesmo tempo em que lutavam para instaurar um regime de liberdades clássicas, pretendiam unificar a nação. Um direito penal adequado às pretensões dos católico-liberais, com Carrara, precisaria então refletir não apenas uma preocupação com a liberdade individual, mas também um consenso nacional em torno de sua extensão e exercício a partir dos interesses locais” (FREITAS, Ricardo Brito A. P. **As Razões do Positivismo Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 47).

Afastando-se, portanto, de uma análise valorativa maior dos reflexos políticos do classicismo de Carrara, entende-se ter maior relevância para a contribuição da imagem do Direito Penal tradicional a polêmica constituída entre ele e os Positivistas. A riqueza desse ponto advém do fato de os fatores que influenciaram o surgimento do positivismo jurídico-penal nada terem em comum com a realidade italiana e mundial. Como gênese da Escola Positiva, sempre é apontada a situação de declínio do jusnaturalismo; a influência das idéias evolucionistas – pensando aqui em Darwin, Spencer, Haeckel –, as modificações do Estado, que caminhava para um maior intervencionismo:

É suficientemente conhecido o fato de que, ao surgir, a Escola Positiva se deparou com um mundo onde o paradigma liberal clássico encontra-se esgotado, sofrendo críticas de variados matizes, inclusive por parte do marxismo, doutrina de cunho socialista que punha em xeque a ordem burguesa. Pois foram justamente os ataques desferidos contra o individualismo característico do liberalismo que ajudaram a abrir caminho para o surgimento de uma concepção do direito penal que veio a enfatizar a sociedade, e não o indivíduo. Em razão dessa influência, a ciência penal deveria voltar-se para o estudo das causas sociais do crime, e não as suas manifestações meramente individuais. Conforme assinala a doutrina, já não bastava ao Estado reprimir o ilícito penal isoladamente considerado, mas sim atacar pela raiz a criminalidade entendida como um fenômeno social, buscando compreender a realidade na qual o delinqüente se encontra inserido e os fatores de índole variada que o levaram ao crime de modo a eliminá-los.¹⁷⁶

Para que se efetue com sucesso um contraponto com a base filosófica de Carrara, basta que se compreenda por positivismo, aqui, o pensamento anti-metafísico, ou seja, para o positivismo, as leis naturais podem de fato derivar tanto do meio físico quanto do social, porém nunca de uma base metafísica, pois se entende que seus princípios não são científicos. É justamente nessa desqualificação por trás da imagem do “adjetivo” metafísico que se dará a crítica dos positivistas ao pensamento carrariano. Para os positivistas,¹⁷⁷ o pensamento penal de Carrara não se enquadrava nas exigências de cientificidade (positivista) da época, classificando a obra de Carrara como uma teoria apoiada em critérios meramente filosóficos.

¹⁷⁶ FREITAS, 2002, p. 49.

¹⁷⁷ Como exemplo edificante da consolidação da metodologia positivista na seara penal, basta remeter a lembrança para a figura de César Lombroso e sua importante contribuição para o nascimento da criminologia, em que pese todas as críticas feitas, posteriormente, às conclusões de seu modelo de delinqüente. Ver: LOMBROSO, César. **O homem delinqüente**. Traduzido por Maristela Bleggi Tomasinini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

É inobjetoável a base diversa de Carrara em relação à Escola Positiva. Contudo, a característica mais singular de Carrara, merecedora de uma expressão maior, é a marca não-contratualista desse pensador, isto é, a afirmação de uma postura jusnaturalista que, entretanto, não autoriza a concluir que a concepção de Beccaria, ou dos demais penalistas clássicos adeptos do contratualismo, seja detentora de um maior liberalismo que o jusnaturalismo de Carrara.

A base epistemológica do pensamento penal de Carrara organiza-se justamente numa pretensão de fusão harmônica entre jusnaturalismo católico e jusnaturalismo-iluminista. Para Carrara, o fundamento de punir reside no que ele compreende como lei eterna, nas suas palavras:

O delito é um *ente jurídico*, porque a sua essência deve forçosamente consistir na violação de um *direito*. Mas o direito é congênito ao homem, porque lhe foi dado por Deus, desde o memento de sua criação, para que possa cumprir os seus deveres nesta vida; pois, o direito tem existência e critérios anteriores às inclinações dos legisladores terrenos: critérios absolutos, constantes, e independentes dos seus caprichos e da utilidade avidamente anelada por eles. Assim, como primeiro postulado, a ciência do direito criminal vem a ser reconhecida como uma ordem racional que emana da lei moral-jurídica, preexiste a todas as leis humanas, tendo autoridade sobre os próprios legisladores. O direito é a liberdade. Bem-entendida, a ciência penal é, pois, o código supremo da liberdade, que tem por escopo subtrair o homem à tirania dos demais e ajudá-lo a subtrair-se à sua própria, bem como à de suas paixões.¹⁷⁸

O núcleo do ilícito penal é referido a uma ordem preexistente a todas as leis humanas. Ele repudia, de forma contundente, qualquer possibilidade de o Direito Penal ter por base legitimadora um pacto, isto é, mirando diretamente a perspectiva contratualista, Carrara critica a premissa desses penalistas de que, durante um certo período, o homem viveu livre de qualquer vínculo associativo e que foi através do “contrato” que ocorrera a passagem de um estado primitivo para uma organização civil. O seu desacordo com essa visão se dá pela sua opinião de que essa transição

¹⁷⁸ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal** - Parte Geral. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. v. 1. p. 24-5.

narrada seria falsa,¹⁷⁹ uma vez que “[...] o estado de associação é o único primitivo do homem; nele a própria lei natural o colocou desde o instante de sua criação”.¹⁸⁰

Entretanto, mesmo reluzente, o anticontratualismo de Carrara, este não nega a importância de tal criação artificial, sobretudo para controlar as paixões individuais. O que se frisa é que tanto o fundamento do direito de punir, quanto o fundamento da sociedade civil residem em uma dimensão transcendente, não são auto-explicáveis, como pretende a perspectiva contratualista.

Torna-se, com isso, compreensível a opção da teoria carrariana por uma forma de Direito imutável, explícita no seu anti-historicismo.¹⁸¹ É através desse elemento que se observa o legado garantista de Carrara. Deve-se ter em mente que o seu anti-historicismo era inserido no interesse de fixar garantias absolutas da manutenção do Direito Penal liberal e, assim, evitar uma reação conservadora do absolutismo monárquico. Logo, divergindo apenas no fundamento, contratualismo ou

¹⁷⁹ *In verbis*: Prevaleceu, em certo tempo, a concepção de que os homens tivessem, durante um período indeterminado, levado vida desagregada e selvagem. Desse estado extra-social, acreditou-se tivesse, em dada época, passado ao de sociedade, em que hoje toda a raça humana prospera e cresce. Tal mudança, pretenderam alguns explicá-la pela lenda de uma divindade descida à Terra, para organizar os homens em vidas comuns; outros, pela aceitação de uma violência sobre os homens fracos, de modo que os mais fortes tivessem subjulgado seus semelhantes, à maneira por que se domam as feras; outros ainda, pela hipótese imaginária de uma convenção estipulada entre os homens pela vontade comum. Todos esses diferentes sistemas tiveram um ponto de partida único: a suposição de que a raça adâmica tivesse passado, sobre a Terra, por dois estádios de vida diversos. Um (que se dominou primitivo, de natureza de liberdade), no isolamento e sem firmeza de relação entre os indivíduos – estágio de desagregação e selvagem; e outro, de mútua associação, que por um meio qualquer submetia os homens a uma parte dos direitos a ele atribuídos pela sua liberdade natural, que se supunha ilimitada, para melhor conservar e tutelar os demais direitos. Tudo isso é um erro. É falso que o gênero humano tenha vivido, durante certo período de tempo, livre de qualquer vínculo associativo. É falsa a transição de um estado primitivo, de absoluto isolamento, para outro, modificado e artificial. Sem dúvida, devemos admitir um lapso primitivo de associação patriarcal, ou, como se costuma dizer, natural, a que pouco a pouco se acrescentou a constituição de leis permanentes, e de uma autoridade fiscalizadora da sua observância; e, assim, a organização da sociedade que se denominou civil. Mas qualquer período de desagregação e de vida selvagem é inadmissível, como louca visão. O Estado de associação é o único primitivo do homem; nele a própria lei natural o colocou desde o instante de sua criação (CARRARA, 2002, p. 29-30).

¹⁸⁰ CARRARA, 2002, p. 30.

¹⁸¹ Importante é a colocação de Freitas sobre o anti-historicismo de Carrara: "Independentemente da superioridade porventura existente na concepção historicista do direito em face do jusnaturalismo, creio ser importante examinar o caráter do anti-historicismo carrariano para tentar visualizar o escopo garantista do seu direito penal [...] Carrara não concebe o direito penal como produto da história porque a variação de seu conteúdo é incompatível com os estreitos parâmetros de sua fundamentação jusnaturalista. Nega, portanto, a possibilidade do direito penal acompanhar as exigências decorrentes das contradições sociais. O direito penal, por traduzir uma exigência de ordem eterna, tem necessariamente de observar seus fins que são imutáveis e independem das demandas concretas da sociedade em um período histórico definido" (FREITAS, 2002, p. 73-4).

jusnaturalismo, ambos se voltavam para a proteção absoluta dos direitos do indivíduo. Com isso, põe-se em evolução toda uma massa teórico-penalista, focada na limitação do poder punitivo estatal sobre o cidadão, e que terá, como uma das suas mais importantes fases (na formatação de uma ciência dogmático-punitiva), a construção da tipicidade, instituto que se passa a analisar com mais atenção.

3.1.2 Evolução do tipo penal

O Direito Penal se expressa, em sua comunicação mais imediata e direta com os membros do corpo social, por intermédio da figura típica, ou em expressão mais técnica, através da norma penal incriminadora.¹⁸² Realizando a leitura ou tendo o conhecimento dos delitos, aqui identificados como simples figuras taxativas, os cidadão, leigos ou acadêmicos, adquirem as informações suficientes para se cientificarem de quais as condutas proibidas ou permitidas no subsistema jurídico-penal (através do código/programas específicos a cada subsistema parcial do Direito), modulando seus comportamentos senão de acordo, tendo em vista a existência genérica das normas representada pelo princípio da legalidade (artigo 5º, II¹⁸³ e XXXIX¹⁸⁴ da Constituição Federal e artigo 1º¹⁸⁵ do Código Penal brasileiro). Pode-se dizer, assim, que, dentre as diversas funções, o tipo penal possui relevante aspecto de motivação sobre as condutas humanas.

Essa escolha de atos humanos defesos em lei, portanto, selecionados dentre as infundáveis formas e mecanismos da atuação em sociedade, trazem a verdadeira essência da construção principiológica penal da fragmentariedade. A clareza com

¹⁸² A propósito, a respeito de norma penal, ministra Heleno Cláudio Fragoso: “As normas jurídicas que definem crimes e estabelecem sanções, bem como as condições de aplicação da sanção penal, chamam-se *normas penais*. As normas que definem crimes e estabelecem sanções chamam-se *normas incriminadoras*, e estão contidas na Parte Especial do CP e em leis penais extravagantes (não codificadas). As demais normas penais, previstas na parte geral, chamam-se *normas integrantes* ou de segundo grau (Antolisei)” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal** – parte geral. Rio de Janeiro: Florense, 2003. p. 89-90).

¹⁸³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁸⁴ [...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

¹⁸⁵ Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

que é feita a escolha de determinados comportamentos criminosos dentre outros que assim não vão se qualificar configura a própria índole seletiva inerente ao subsistema parcial do Direito Penal.¹⁸⁶

Desse fenômeno, algumas considerações podem ser trazidas desde logo, constituindo-se em premissas para o desenvolvimento científico no tocante à consubstanciação do processo de conhecimento com o fim nitidamente crítico. O entendimento do caráter seletivo do subsistema parcial do Direito Penal demonstrado através do tipo penal aponta para a relativização de conteúdos proibitivos. Mais que significarem impedimentos aos comportamentos humanos imemoriais, verdadeiros ou lógico-objetivos, os tipos penais espelham as opções políticas de uma tentativa de controle de uma determinada sociedade, em determinado tempo e, principalmente, de terminada forma.

Nesse sentir, a primeira constatação que se faz é a escolha (decisão) política da tipificação. A análise do método e do conteúdo do Direito Penal, encarados por meio de sua principal entrada (tipo penal incriminador), ofertam o potencial cognitivo dos valores dos homens quando de sua utilização instrumental ou os aspectos axiológicos que nortearam a criação penal. Todo esse caldo de cultura, ao mesmo tempo em que fomenta a criação de delitos, limita suas formas de expressão, fazendo respeitar certos colorários – também valorativos – de um Estado mais ou menos apegado ao modelo ideal de humanidade e suas implicações.

O tipo penal, bem como sua individualidade prescritiva e construção dogmática, representa quase que todos os valores humanos imbricados no Direito Penal. O fato de ser mais fácil perceber o desvalor ofertado àquela conduta delimitada não impede ser também possível estabelecer a forma pela qual o Estado se comunica com o cidadão. Ao mesmo tempo em que os valores insistem na criminalização, também impõem que esta ocorra de modo peculiar, respeitando os aspectos que naquela comunidade devem ser primordiais. Por mais que não seja

¹⁸⁶ Luhmann define sistemas parciais como: “[...] aquello que se entendía como diferencia entre el todo y las partes se reformula como teoría de la diferenciación del sistema u así se incorpora en el paradigma nuevo. La diferenciación del sistema no es otra cosa que la repetición de la diferencia entre sistema y entorno dentro de los sistemas. El sistema total se utiliza a sí mismo como entorno de la formación de sus sistemas parciales” (LUHMANN, 1998, p. 31-2).

tolerada a prática homicida, isso não implica necessariamente dizer que aquele que infringe a norma penal incriminadora deva ser condenado.

Essas assertivas se apresentam com bastante clareza na sociedade pós-moderna, em sua realidade vivente, sendo apenas posteriormente sistematizadas e compreendidas pelo olhar científico. Quando se debate no parlamento quais as condutas que devem ou não devem ser criminalizadas, as escolhas, opções e divergências restam por permanecer muito mais no campo das idéias, sentimentos e valores do que em constatações dogmáticas jurídico-penais. A lei alcança ao máximo a abstração, e este é o *locus* do tipo penal *in concreto*. A construção da ciência vem apenas posteriormente, trabalhando a dogmática penal e a teoria do delito (na qual o tipo é o elemento essencial) como coleta e elaboração de dados científicos sediados em nível médio de abstração entre a lei e o caso concreto – regras de decisão –, como anota, com precisão, Hassemer:

O material de trabalho é composto pela lei e por aquilo que se denomina ‘dogmática penal’. A dogmática jurídico-penal, com a qual trabalham tanto a jurisprudência do Direito Penal como também a ciência do Direito Penal, formula regras de decisão jurídico-penal de um caso em um nível médio de abstração entre a lei e o caso: ela concretiza as instruções da lei; [...]¹⁸⁷

Nesse sentido, os próprios valores funcionariam como mecanismos de forma e conteúdo dos tipos penais especiais. Esses mesmos valores, logo depois, se introjetam na elaboração conceitual dos juristas e suas criações. O Direito Penal, entendido na organização de suas postulações positivas, encontra, mediante a análise de sua exposição dos conteúdos proibidos (o que tão-somente pode ser feito por meio do tipo penal em tempos de legalidade), as hipóteses e perspectivas de soluções de conflitos que fomentam sua própria criação.

A necessidade de punir, balizada na crença de que a pena é capaz de conter os respectivos livres-arbítrios dos seres racionais e pensantes, exprimindo um raciocínio conservador retributivo, antagoniza-se com a visão do Direito do Estado Democrático e, se assim quiser, de cunho liberal e garantista. Valores, portanto,

¹⁸⁷ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Traduzido por Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005. p. 271.

diametralmente opostos são constantemente engendrados e atualizados no ato legiferante¹⁸⁸ (de clara opção política) e no ato jurisdicional (talvez de não tão clara opção política). À ciência do Direito Penal permanece a função de sistematizar esses dados e oferecer a orientação ao primeiro e racionalidade decisória ao segundo.

Por conseguinte, expressa-se a proibição de liberdades provisórias na vigência concomitante do princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII¹⁸⁹ da CF/88). Valores e visões de mundo se digladiam a todo o instante na luta pela hegemonia de suas aplicabilidades práticas no mundo do conflito social e da desigualdade social. Ao mesmo tempo, centenas de trabalhos são escritos na busca de solução de conflitos infundáveis. As teorias dos tipos penais e sua evolução almejam, nesse ínterim, criar condições descritivas razoáveis para solucionar os impasses derivados de categorias prescritivas.

Não se despreza, pois, do contrário, se cometeria forte erro analítico, que tais controvérsias se concretizam em todos os aspectos do Direito e, em consequência, do Direito Penal. Desde o ato de elaboração, positividade e aplicação da norma penal, espelha-se a ideologia embasadora, da mesma forma que esta também está presente na ótica doutrinária, nas construções dogmáticas, sistemáticas e científicas do cenário jurídico em dada circunstância de tempo e lugar. Todavia, com o fito de delimitação, o corte metodológico se faz na figura do tipo penal, posto este ser capaz de apontar para as postulações de cunho imperativo, bem como para a dogmática jurídica que sobre ele se edifica.

¹⁸⁸ Em lapidar análise sobre a dimensão político-jurídica da lei na ditadura militar brasileira, afirma Leonel Severo Rocha: “O sentido político da lei é originário do momento em que a democracia moderna se constitui enquanto nova forma política, proporcionando o direito da sociedade de enunciar o Direito e a exterioridade da lei em relação ao poder. O sentido simbólico da lei é constituído exatamente pela evocação do princípio democrático que geram os seus signos. O sentido simbólico constitui a essência da lei. O que nós chamamos de Direito. A diferença da lei positiva é o conjunto destas representações materializadas pelo princípio democrático, as quais são políticas devido ao sentido de reivindicação social concreta que proporcionam, ao mesmo tempo que são simbólicas devido à representação infinita do direito de invenção e liberdade que mediatizam. [...] A análise da lei no autoritarismo demonstra a importância do sentido simbólico-político da lei, já que a reivindicação de seus princípios democráticos e do respeito aos direitos humanos acentua-se, seja em nível interno ou internacional, quando eles são respeitados. Ou seja, a grande novidade da lei no autoritarismo é a constatação do direito, face à sua negação, de que a sociedade tem de decidir o seu próprio destino. A existência do direito ao Direito extrapola a própria lei, e o poder da sociedade sobre ela exige o retorno à democracia” (ROCHA, 2003, p. 141).

¹⁸⁹ [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Em resumo, o tipo penal incriminador na teoria do delito, os conteúdos de suas narrativas e o *locus* de sua inserção são compreendidos como a opção paradigmática a ser analisada em face da sociedade mundial de risco.

O tipo penal, simplesmente como a norma ou como categoria da dogmática penal, permite a reflexão do estágio do Direito Penal em sua relação com o sistema social, estabelecendo um padrão possível de vislumbre da adequação dos instrumentos criminais com a realidade atual do risco.

O desenvolvimento social impõe a modificação dos padrões de comportamento, alterando necessariamente os conteúdos das prescrições, que aqui se denomina de discurso direto. Da mesma forma reflexa, modifica a interiorização do *delito-tipo* no bojo da ciência penal de produção intelectual, que se intitula como discurso jurídico, ou metalinguagem do Direito traduzido na figura fundamental de grande importância doutrinária (dogmática jurídico-penal; teoria do delito). O primeiro é de cunho preponderantemente prescritivo, embora também ideológico como opção política de força; o segundo é notadamente ideológico, mas se presta a reconhecer a viabilizar a prescritividade.

Sem o discurso jurídico ou a dogmática jurídico-penal, não há regras de decisão a permitirem as postulações prescritivas. A produção científica ou até mesmo o compilado de jurisprudência, por mais ingênuos que possam parecer, atribuem a prescritividade ao ordenamento abstrato, conciso e teoricamente neutro e igual em face dos todos. A dogmática do Direito Penal reduz as diversas opiniões em posições dominantes e minoritárias (ela reduz a complexidade), coloca-se à disposição das decisões dos tribunais e, ao mesmo tempo, orienta-as. Nesse passo, de conveniência citar a lição de Hassemer:

Se fosse visto o trabalho da dogmática do Direito Penal simplesmente como instrumento de coleta e elaboração de dados, este seria compreendido somente em uma pequena parte. A profundidade dos seus efeitos só é visível quando ela é vista em ação. Ela não está apenas à disposição da atividade prática de decisão dos Tribunais penais mas também orienta. A dogmática do Direito, do mesmo modo que a lei, contém e determina estruturas de relevância. Ela escolhe o importante e põe de lado o

irrelevante, ela reduz a complexidade, reduz o mercado de opiniões jurídicas e teoremas e canaliza a literatura jurídico-penal, não só as exposições teóricas de teóricos e práticos, mas também as jurisprudências. Somente o que fica preso em suas redes pode ter influência na atividade decisória dos Tribunais penais.¹⁹⁰

Dentro dessa relação entre tipo penal e seu produto no discurso jurídico, aqui centrado na produção acadêmica refletida pelo conteúdo deôntico do discurso do Direito, imprescindível é a visitação ao desenvolvimento de sua formulação conceitual e categorial no seio do Direito Penal. Não se trata de mera descrição histórica factual, mas de forma de compreensão da elaboração dos preceitos inerentes ao tipo penal e que, portanto, apreende aspectos ideológicos e necessários, demarcando as vicissitudes de um Direito sempre atento à capacidade prática de limitação de condutas indesejáveis em momentos específicos e, da mesma forma, às justificações axiológicas legitimadoras.

O traçado da evolução do tipo penal encerra em si mesmo um plexo de lutas e contradições: a legalidade em época de arbítrio; os bens jurídicos em momentos de abstração contínua; o tipo aberto em ensaios garantistas. Sinteticamente, o tipo penal (norma: generalização das expectativas) nada mais é senão uma construção autopoiética do subsistema parcial do Direito Penal, expondo um *modus operandi* de controle comportamental na instrumentalização penal: a configuração social.

3.1.2.1 O tipo objetivo e não-valorativo de Ernst von Beling

O tipo penal como categoria da teoria do delito foi desenvolvido pela primeira vez por Ernst von Beling em 1906,¹⁹¹ conseguindo superar a visão processual que

¹⁹⁰ HASSEMER, 2005, p. 272.

¹⁹¹ Conforme atesta Aníbal Bruno, “a teoria do tipo e da tipicidade, isto é, a dogmática deste importante elemento do conceito do crime, foi iniciada propriamente por BELING, em *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingem, 1906” (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 213).

se tinha do chamado *Tatbestand*,¹⁹² e, em decorrência, criando o primeiro grande modelo do delito conhecido como modelo Liszt-Beling,¹⁹³¹⁹⁴ em alusão a Franz von Liszt,¹⁹⁵ fundador da “Escola Moderna”.¹⁹⁶

A propósito, sobre Beling, assevera Jimenez de Asúa:

No me parece próprio de este lugar perderem en investigaciones sobre quién fué el primeiro que destacó la palabra alemana *Tatbestand* con un sentido técnico relevante para nuestra disciplina jurídica. La teoría del delito bazada entre otras características, en el *tipo* o *tipicidad* (que es como hemos resuelto traducir al castellano aquel vocablo alemán), fué expuesta por Ernst Beling, en 1906. El profesor de la Universidad de Munich dió al *Tatbestand* sentido enteramente distinto al que asume en las obras de Stübel (1805), Luden (1840) y Karcher (1873). Antigamente el ‘tipo’ era el delito específico en la totalidad de sus elementos (incluido el dolo o la culpa), es decir, lo que los antiguos escritores españoles ilamoron figura de delito. Desde Beling adopta la tipicidade el sentido formal que hemos dado al definir esta característica de la infracción punible.¹⁹⁷

¹⁹² Sobre a expressão germânica *tatbestand*, são significativas as colocações de Luiz Luisi: “A palavra alemã *Tatbestand* (literalmente ‘estado de fato’) tem sido traduzida de diversos modos nas línguas românticas. A maioria dos autores italianos usa a expressão ‘fattispecie’, mas outros, como B. Petrocelli, preferem apenas, o termo ‘fatto’. Em traduções francesas do Código Penal alemão de 1871, a locução ‘gesetzliche Tatbestand’ aparece como ‘éléments légaux’. Na versão espanhola do mencionado código alemão, feita em 1945 por M. Finzi e R. Nunez, a locução referida é traduzida como ‘contenido legal del hecho’. Anteriormente, na monografia intitulada *Ernst Beling e la teoria del Tatbestand*, o referido M. Finzi traduz o *Tatbestand* por ‘delito tipo’ – expressão que é usada depois por S. Soler ao traduzir o pequeno, mas denso trabalho de E. Beling *Die Lehre vom Tatbestand*. Outros autores, como F. Antolisei e L. Pietro Castro, preferem não traduzir a palavra *Tatbestand*, que reputam intraduzível. Os autores portugueses e brasileiros em geral têm usado o vocábulo ‘tipo’ para referir-se ao *Tatbestand*. No presente trabalho, são usados como sinônimas as expressões ‘Tatbestand’, ‘delito tipo’, ‘tipo’ e ‘*tipus regens*’. Também são usadas no mesmo sentido as expressões ‘Leitbild’, ‘reitor’ e ‘figura reitora’” (LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 13).

¹⁹³ Sobre tal modelo, afirma a doutrina: “En la doctrina penal se suele definir como una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. A partir de esta definición, se distinguen tres elementos diferentes ordenados da tal forma que cada uno de ellos presupone la existencia del anterior. Éstos son la tipicidad, la antijuridicidad u la culpabilidad. Esta fórmula es conocida genéricamente como el sistema Lizt-Beling en referencia a los autores a quines, con razón a pesar de pertenecer a escuelas diferentes, se les atribuye el mérito de haber puesto las bases fundamentales de la moderna teoría del delito” (RAMIREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán H. **Licciones de Derecho Penal**. Madrid: Trotta, 1999. v.2. p. 15).

¹⁹⁴ A menção ao modelo Liszt-Beling também é encontrada, embora com menor freqüência, como modelo Liszt-Beling-Radbruch em alusão ao jusfilósofo Gustavo Radbruch e sua importância global para o aperfeiçoamento da Teoria do Delito.

¹⁹⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. Tomos I e II.

¹⁹⁶ Conforme WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Traduzido por Afonso Celso Resende. Campinas: Roma, 2003. p. 49.

¹⁹⁷ ASÚA, Luis Jiménez de. **Tipicidad e Interpretacion de la Lei 11.210**. Buenos Aires. 1939. p. 17.

Antes da formulação, o delito via-se compreendido pela noção de se tratar de um fato contrário ao Direito e ao mesmo tempo culpável, sendo de difícil apreensão prática e instrumental a realização concreta da noção de taxatividade da lei penal. Dessa forma, a antijuricidade salientava um aspecto objetivo-normativo, enquanto a culpabilidade (psicológica ou normativa) possibilitava um juízo de atribuição do comportamento a determinada pessoa, absorvendo as modalidades dolosas e culposas.

A rigor, a noção que se estabelecia do tipo penal, até então, em muito pouco se aproximava da construção categorial do conceito.¹⁹⁸ O tipo de delito (*Tatbestand des Verbrechens*) dividia-se em geral (*Allgemeinen Tatbestende*) e especial (*Besondere Tatbestand*), sendo o primeiro praticamente entendido como sinônimo de crime na totalidade de seus elementos, enquanto o segundo restava por compreender, tão-somente, as concretas classes de delitos estabelecidas pelo legislador. Nesse aspecto, percebe-se, de maneira muito simples, que o conceito era absolutamente prescindível para a verificação dos elementos consistentes na teoria do delito, posto que ora os admita na integralidade (tipo de delito geral), ora empreendia sentido meramente classificatório (tipo de delito especial). Busca Beling, destarte e em palavras precisas, a criação de uma teoria geral dos tipos de delitos especiais.

¹⁹⁸ Sobre o desdobramento dogmático da teoria de Beling: “ – Teoria da adequação a um tipo legal – Mas não é punível todo fato que incida no conceito retro (n.º 453), mas somente aquele que corresponda ao fato exatamente circunscrito e enumerado limitadamente na lei. Abordamos aqui a teoria de BELING, a *Tatbeitands-mässigkeit* da ação, ou a conformidade desta com um tipo legal. Distingue na hipótese delituosa do delito-tipo ou o *Tatbestand* (substantivo formado de *Tat*, fato, e *bestehen*, consentir), que vem a ser uma abstração, um arquétipo, um esquema (*Leitbild*) que tem a importância de reunir em um conceito os elementos essenciais de uma figura, isto é, aqueles a que têm de se referir tanto o aspecto objetivo como o subjetivo da ação. Exemplificando: no chamado *crime qualificado* pelo resultado, pelos alemães, previsto no respectivo código penal, § 226, e pelo nosso, art. 129, § 3º, e pelos italianos homicídio preterintencional, o *Tatbestand* é comum não ao do homicídio (*matar alguém*), mas ao da lesão (ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem). A figura delituosa (*Deliktstypus*) do homicídio preterintencional seria igual ao delito-tipo (*Tatbestand*) lesão corporal, mais um resultado (circunstância) meramente objetiva, que não pretence ao *Tatbestand* (589). Da crítica feita à teoria sobressai como de relevância a observação dos que reconhecendo que, tecnicamente, melhoria trouxe ela, substancialmente nada inovou ao velho e salutar princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* (590)” (SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. p. 554-5).

O Autor acentua, de forma preponderante, a necessidade de se alçar o tipo à condição de elemento constitutivo essencial do delito e, assim, detentor de autonomia em face dos juízos posteriores de antijuridicidade e culpabilidade.

O tipo penal, pela primeira vez, passa a existir em si mesmo, diferenciando-se das demais estruturas, até então reunidas sob a conceituação de figuras delitiva. Para cada figura delitiva, passa a corresponder um delito-tipo, isto é, um paradigma objetivo do comportamento.

Ernst Beling ressalta que o tipo penal (delito-tipo) se diferencia da noção integral dos elementos do crime (figura delitiva), *in verbis*:

Toda figura delictiva representa un todo compuesto de distintos elementos. Por muchos y variados que sean esos elementos, sin embargo, ellos remiten de las figuras autónomas de delito, que de inmediato se persenten, a un cuadro conepctual que funda la unidad de esta figura delictiva, cuadro sin la cual aquellos elementos perderían su sentido como característica de esta figura. Este cuadro es el delito-tipo para esta figura delictiva.¹⁹⁹

A constatação de Beling significou uma crucial possibilidade de operacionalização do Direito Penal, constituindo um catálogo de comportamentos, filosoficamente acordado com a garantia do cidadão em face do arbítrio do Estado;²⁰⁰ dar-se-á, nesse instante, a mais cristalina visão do positivismo como adequado ao momento social.²⁰¹ Destaca-se que, contemporaneamente, Franz von

¹⁹⁹ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Traducción por Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 5-7.

²⁰⁰ A relação do desenvolvimento da teoria de Beling com o princípio da legalidade (especificidade e taxatividade) é umbilical. “Estas amenazas penales influyen de tal modo en la deficinición del delito, que solamente los tipos de conducta abarcados por ella caen en lo punible y, por outra parte, toda conducta de ese modo típica es sólo y precisamente punible de conformidad a la pena correspondente al tipo correlativo. La tipicidad es una característica esencial del delito” (BELING, 1944, p. 4).

²⁰¹ Adverte Camargo: “Na teoria de Beling, o *Tatbestand* é exclusivamente objetivo, não apresentando qualquer momento subjetivo. É um conceito abstrato que se deduz da leitura dos preceitos legais. Estes formam um livro de imagens que o legislador pode eliminar e modificar. Os delitos serão, portanto, os fatos que correspondem às imagens deste catálogo. A noção de tipo, no sistema de Beling, tem como exigência da punição típica da ação, ao lado dos demais elementos da doutrina imperante. O delito se compõe de uma ação que cumpre um tipo e que é antijurídica e culpável. [...] O Direito Penal, portanto, aparece como uma série de definições cerradas de ação, dizendo Soler que é um sistema descontínuo de licitude, descontinuidade esta que marca os limites de poder do Estado [...] O Direito Penal não cria condutas, mas apenas lhes atribui valor. Assim, nem todas as condutas são puníveis, somente a conduta antijurídica que se enquadra nos preceitos da lei penal, surgindo, clara, a tipicidade como a característica fundamental do delito. Daí o apótema de Beling: não há crime sem tipicidade” (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 11).

Liszt consagrava a alusão ao Direito Penal e sua codificação como a “Magna Carta dos Delinqüentes”. Com a idéia do tipo penal, como elemento autônomo, introjetam-se na teoria do delito os valores de legalidade, proporcionalidade e fragmentariedade.

É inquestionável que, embora já estivessem, na época, presentes algumas noções do neokantismo,²⁰² que orientariam notoriamente as construções de Max Ernst Mayer e Edmund Mezger – fiéis representantes dessa linha do pensar –, Beling foi de modo evidente influenciado pelo positivismo jurídico de Karl Binding, admitindo plenamente o corolário maior da teoria positivista²⁰³ vislumbrando a cisão total entre Direito e moral e, conseqüentemente, a completa desvinculação dos valores do segundo em face do anterior. Nesse aspecto, a teoria do tipo vem como exemplo maior do apego à lei e à construção científica de limitação do poder no Estado de Direito, salientando o caráter liberal burguês do pensamento da época,²⁰⁴ reinante naquela sociedade.²⁰⁵

²⁰² Neokantismo pode ser inicialmente delimitado como: “[...] qualquer filosofia ou teoria social que se interpreta a si própria como desenvolvimento e revisão dos métodos analíticos propostos por Immanuel Kant (1724-1804) ou como resposta aos problemas, por exemplo, de epistemologia e ética, por ele expostos. O termo é usado com extrema precisão em referência a um movimento no seio da filosofia alemã, anterior à Primeira Guerra Mundial. Esse movimento consistiu em duas principais escolas, sediadas em Marburgo e em Heidelberg (ou Baden), sendo esta última significativa por sua influência sobre Max Weber. Outros sociólogos como Georg Simmel e Émile Durkheim, embora não se apresentassem explicitamente como neokantianos, podem ser considerados promotores de uma sociologia cujo desenvolvimento refletiu as tentativas de descobrir na sociedade as precondições para as regras *a priori* de Kant” (EDGAR, Andrew. Neokantismo. *In*: OUTHWAITE; BOTTOMORE, 1996, p. 520).

²⁰³ “Com o termo *positivo* (latim *positivum*), quer afirmar-se o valor do mundo objetivo, dado, posto ou real, ao meramente pensando, desejado ou valorizado por um sujeito qualquer. Daí a utilização do termo positivismo para designar correntes filosóficas que se caracterizam pela adesão à realidade e, conseqüentemente, pela rejeição de especulações não justificáveis por uma referência ao dado empírico (positivismo lógico). No âmbito do Direito, o positivismo representa a tentativa de compreender o Direito como um fenômeno social objetivo. Recusa-se, assim, uma postura preocupada em fazer derivar o Direito de outras fontes que não as sociais (jusnaturalismo), ao mesmo tempo, que se renega a fazer depender a existência do Direito de juízos morais particulares. Assim como o positivismo filosófico revela uma era pós-metafísica, na qual o mundo é reduzido à sua descrição científica, o positivismo jurídico também partilha a visão de Direito desencantada própria do mundo contemporâneo, nas quais as práticas sociais e, portanto, o Direito, parecem carecer de um propósito ou sentido últimos” (BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 642-3).

²⁰⁴ Como síntese desse inobnubilável marco do pensamento moderno, e sua conseqüente positivação, pondera Del Vecchio: “A Soberania é inalienável, imprescritível e indivisível; embora o Governo ou poder executivo seja confiado a determinados órgãos ou indivíduos, a soberania conservava a sua sede no povo, que, a todo o tempo, poderá avocá-la a si. Sobre estes princípios se baseou o programa da revolução francesa, muito embora sobre a mesma também alguma influência tivessem tido doutrinadas de Montesquieu e de outros autores. A maior eficácia coube, no entanto, as

A construção do tipo penal, em sua modalidade incipiente, acabou por criar uma estrutura exclusivamente objetiva, desprovida de qualquer aspecto normativo ou valorativo e subjetivo ou anímico. Essa característica simplesmente descritiva, aliás, foi o verdadeiro diferencial dessa etapa de pensamento, abrindo, inclusive, o espaço para as brutais críticas sofridas por Beling, realizadas pelos demais pensadores que o sucederam.²⁰⁶

A noção de tipicidade aqui se fazia de modo independente, desligada de aspectos factuais, cumprindo apenas a missão de imagem reitora. O tipo penal em Beling não possui conteúdo algum, rebatendo veementemente todos aqueles que visavam à demonstração de elementos subjetivos ou normativos em sua composição. Para Beling, o tipo penal tem como razão de existência o cumprimento de função sistemática, responsável por ordenar o emprego dos conteúdos da parte

idéias de Rosseau, pois, naquela época tudo conspirava para valorizar as doutrinas do direito natural, do que ele foi o último e mais eloqüente intérprete. Aqueles princípios, muito pouco modificados, *tornaram-se um sistema positivo* com a promulgação das 'Declarações dos direitos do homem e de cidadão', a qual, aprovada em 1789, foi depois apensada em 1789, foi depois apensada à Constituição política de 1791" (DEL VECHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Traduzido por Antônio José Brandão. São Paulo: Saraiva, 1948. v.1. p. 144).

²⁰⁵ De enorme precisão acadêmica, a tese que Sergi Cardenal Motraveta desenvolve em longas páginas sobre o pensamento de Beling, destacando, em seus antecedentes metodológicos, que: "La introducción de la tipicidad en la definición general de delito y la relación que Beling establece entre el concepto de tipo y principio de legalidad que recogía el d 2 RStGB encaja perfectamente con el significado político liberal del positivismo jurídico penal, que destacó y reforzó con sus construcciones domésticas la vinculación del Juez a la ley. Pero dentro de las premissas generales del positivismo, el planteamiento de Beling presenta rasgos que permiten hablar de un cierto eclecticismo. Por una parte, el propio Beling reconoce la influencia que le han ejercido las doctrinas de Binding, que fue su profesor de Derecho penal en la Universidad. Por otra parte, la influencia de lo que se ha denominado 'positivismo naturalista' se manifiesta, por ejemplo, en la clasificación que Beling realiza de los elementos del delito coincidiendo con su naturaleza objetivo-externa o subjetivo-interna; en el significado instrumental que atribuye a la construcción jurídica y la importancia que otorga a su utilidad práctica, y su concepción sobre la pena, respecto de la cual, pese a asignarle una función de retribución, toma en consideración aspectos preventivos" (MOTRAVETA, Sergi Cardenal. **El tipo penal em Beling y los Neokantianos**. Barcelona: PPU, 2002. p. 25-7).

²⁰⁶ Nesse particular, escreve Miguel Reale Júnior: "Deve-se a Beling a elaboração do conceito de tipo, *Tatbestand*, que anteriormente correspondia à noção de *corpus delicti*. Tinha, portanto, um significado processual. Alguns autores alemães posteriormente consideraram como *Tatbestand* o conjunto de elementos objetivos e subjetivos necessários à imposição da sanção penal. Beling, o tipo é a descrição objetiva do crime, realizada pela norma penal. A tipicidade diferencia e específica as condutas criminais em seu aspecto objetivo. O tipo constitui apenas e tão-somente a descrição objetiva, nem possuindo conteúdo valorativo. O tipo é puramente descritivo, distinguindo-se da antijuridicidade que constitui um juízo de valor que atribui ao fato o caráter contrário à ordem jurídica. A tipicidade é um elemento estanque e autônomo na estrutura do crime. [...] Beling não admite os elementos normativos por serem, a seu ver, apenas descritivos os elementos do tipo, mesmo que referentes a conceitos jurídicos, não constituído jamais uma antecipação da antijuridicidade. Os elementos normativos foram aventados como elementos do tipo por Mayer" (REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 38-47).

geral da legislação penal e regular a punição estatal (conceito metodológico de ordenação).²⁰⁷

As críticas sofridas por Beling principalmente pelos neokantianos²⁰⁸ já possibilitavam alguns sinais que posteriormente seriam esquematizados como as finalidades contidas na tipicidade penal (elementos subjetivos do tipo), todavia muito pouco desenhadas e desenvolvidas naquele período.

O tipo inicialmente congrega funções sistemáticas e garantidoras, posto que, até então, o fato criminoso era especificado apenas como uma ação antijurídica, culpável e passível de sanção. Beling, acima de tudo, percebeu que tal definição tornava bastante vaga e imprecisa a noção do delito para os tempos do positivismo centralizador da responsabilidade penal na norma jurídica em si mesma. A teoria do delito ganha, pois, um conceito de crucial importância, porém, já bastante afastado do atual cenário dogmático penal e da noção hodierna de tipicidade e seu cunho finalista e axiológico.

Beling determina, de forma muito clara, sua teoria, fazendo incutir, de modo compreensível, a idéia da tipicidade e sua relação com os elementos já consagrados. A estrutura formalizada do crime (*delito-tipo*) em dois aspectos, subjetivo e objetivo,²⁰⁹ está muito precisa no Autor, sendo a primeira, responsabilidade exclusiva da culpabilidade, diretório aglutinador do dolo e da culpa, e a segunda, dividida em dois conceitos: a antijuridicidade como mecanismo de valoração jurídico-penal e a tipicidade como formatação descritiva, objetiva e não-

²⁰⁷ Para o Doutrinador, o tipo penal obedece à função representativa, reguladora: “[...] el delito-tipo es un puro concepto funcional [...] esquema rector [...] Son más bien imagines representativas que proceden logicamente a las correspondientes figuras de delito, pero que solo son regulativas e intelectualmente condicionantes [...] El delito-tipo es, aparte deeso, un concepto fundamental que domina el Derecho penal en toda su extensión e profundidad” (BELING, 1944, p. 8-9).

²⁰⁸ BELING, 1944, p. 9.

²⁰⁹ Escreve Beling: “Toda figura delictiva *autônoma* compõe-se de uma pluralidade de elementos que às vezes se encontram previstos na respectiva lei penal *expressis verbis*, às vezes *sun intelligenda*, para serem definidos ou complementados por interpretação. Esses elementos encontram-se em parte na face externa (objetiva), em parte na face interna (subjetiva) da ação. Os elementos externos caracterizam o *tipo ilicitude* de cada caso, e os internos as particularidades da *culpabilidade* que devem concorrer para adequar o tipo de ilicitude ao tipo de delito. Mas em cada figura delictiva todas as suas características são orientadas para uma imagem unitária à qual se relaciona com cada um dos elementos, seja de forma mediata ou imediata” (BELING, Ernst von. **A Ação Punível e a Pena**. Traduzido por Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007. p. 32).

valorativa, apta à simples explicitação do comportamento escolhido como proibido e indesejável pelo legislador. De fato, o mais puro dos discursos do Direito; prescrito, imperativo, sancionatório e vinculador.

Nessa linha, é relevante trazer à colação o magistério de Basileu Garcia acerca das idéias defendidas por Beling:

A palavra tipicidade passou a ter largo curso na doutrina desde que, em 1906, BELING construiu a teoria da *Tatbestandsmässigkeit* (adequação de um fato ao delito-tipo), afirmando que, para constituir delito, deve a conduta corresponder fielmente à figura fixada na lei (*Tatbestand*) o que implicaria exatamente a *Typizität* (tipicidade). Anos depois, em 1930, o famoso penalista acrescentou a primitiva idéia a de *Leitbild* ou de *typus regens*, como ele mesmo disse, ou seja, o ajustamento a um quadro legislativo penal dominante, conceito que seria, ao seu ver, mais perfeito para compreender o conteúdo do delito.

Se a ação humana, caminhando para um evento, que poderá ser o dano ou o simples perigo, integra, com o resultado, o elemento externo, material, objetivo ou físico, do crime, de outras partes se perfaz o seu elemento interno, moral ou psíquico com a culpabilidade, cujas formas externas são o dolo e a culpa (em acepção estrita).²¹⁰

Por conseguinte, a norma se diferencia integralmente da valoração que se faz sobre ela mesma, ou seja, tipicidade e ilicitude não se misturam. O primeiro é objeto de avaliação do segundo e com este não se confunde, estabelecendo padrões de cognição sucessivos, porém isoláveis.²¹¹

Desse modo, o juízo de tipicidade, ou a verificação em concreto que determinado comportamento corresponde ao modelo reitor erigido pelo Direito Penal como relevante para o controle do aparato estatal, não significa, em hipótese alguma, qualquer relação com a antijuridicidade e, muito menos, com o juízo de culpabilidade. O tipo possui um significado autônomo, dependendo de modo imprescindível da realização dos demais elementos para a perfeição do crime.

²¹⁰ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1954. v.1. Tomo 1. p. 196.

²¹¹ Acentua Beling: “Este culto a la letra ha llevado además a que a veces se compute la antijuridicidad de la acción en el delito-tipo, y a veces no, según que la palabrita ‘antijurídico’ se encuentre o no en el correspondiente parragrafo, mientras que, en verdad, el esquema común para la face ‘antijurídica’ y la ‘culpable’ es absolutamente independiente de la exigencia o irrelevancia del requisito del requisito de antijuridicidad y, como tal, nada tiene que hacer con ella” (BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Traducción por Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 21).

Decorre daí a essência da independência típica postulada com tamanha firmeza pelo Autor, transbordando toda sua influência positivista e redundando no modelo de ampla capilaridade formal que apresenta.

O tipo identifica-se apenas com a lei, enquanto a antijuridicidade é a única estrutura capaz de normatização, apta a conferir verdadeiramente se a ação, conduta humana escolhida externa e voluntária, atenta contra o ordenamento jurídico. Assim, Beling restringe, em sua perspectiva positivista, fechada e lógico-formal, a antijuridicidade ao conjunto regrado do Estado, sendo este o verdadeiro bem jurídico, não acatando hipótese de qualquer confusão entre valores extrajurídicos e sua teoria hermética. Aponta-se, nessa postura, um dos principais alvos de ataque dos neokantianos de Baden, em suas tentativas metodológicas de inserir a cognição das ciências axiológicas ao mundo do Direito positivo, malgrado não se afastem deste último por completo.

O paradigma erigido por Ernet von Beling foi prontamente criticado pelos seus opositores acadêmicos, de forma bastante severa, nos seus dois principais pilares de sustentação. Demonstrou-se, em primeiro lugar, que a diferenciação entre elementos do tipo e subjetividade do atuar humano não se sustentava, uma vez que as ações, ao buscarem determinado alcance, inseriam no tipo alguma finalidade, o que influenciaria posteriormente o próprio pensamento de Hans Welzel com a sua teoria finalista da ação.²¹² Em segundo lugar, com destaque para a originalidade de Max Ernst Mayer, percebeu-se que, embora pudessem não se confundir sistematicamente, a tipicidade não poderia ser absolutamente desconectada da ilicitude, tendo em vista a existência de conceitos normativos no tipo que apenas ganhariam significados quando dessa forma avaliados, criando, já há época, um substrato de inserção do discurso jurídico como único instrumento de vitalidade do discurso do Direito.

²¹² A devida descrição do pensamento de Hans Welzel será desenvolvida no decorrer do presente capítulo.

Se o apego ao fim do agir humano fosse desprezado, criar-se-ia empecilho incomensurável na delimitação típica de condutas hoje classificadas como homicídio e lesão corporal seguida de morte.

De forma mais direta, a voluntariedade do comportamento não poderia ser esquecida se, de fato, a tipicidade resolvesse por abarcar um sentido verdadeiro de garantia, classificação e diferenciação de comportamentos proibidos pela lei penal. O problema aprofunda-se ainda mais quando a simples percepção sensorial da tipicidade não permite a compreensão das denotações impostas, como as ferramentas valorativas indispensáveis para o entendimento do que seja “homem”, “coisa alheia móvel”, “cheque”, “câmbio”, “divisas”, enfim, hipóteses em que se abre o espaço para as novas teorias do tipo que salvariam o futuro do conceito²¹³ e propiciariam o desenvolvimento de sua ciência como imagem reguladora.

Claus Roxin retrata assim o tipo penal em Beling:

El tipo de Beling se caracteriza preferentemente por dos notas: es ‘objetivo’ y ‘libre de valor’ (no valorativo). La objetividad significa da exclusión del tipo de todos los procesos subjetivos, intraanímicos, que son asignados en su totalidad a la culpabilidad. Ya se ha aludido a ello como una de las características principales del sistema ‘classico’ cofundado por Beling (§ 7, nm. 12, 17). Y por ‘carácter no valorativo’ debe entenderse que el tipo no contiene ninguna valoración legal que aluda a la antijuridicidad de la actuación típica. Para Beling el tipo está ‘limpio de todos los momentos de antijuridicidad’, en el mismo ‘no es reconocible un significado jurídico.’²¹⁴

Nesse enfoque, a apontada separação e identificação que Beling faz entre tipicidade e lei, por um lado, e antijuridicidade e norma, de outro, culminando na não-aceitação dos elementos normativos do tipo como quebra da independência deste último, vai ser o ponto nevrálgico de modificações apontadas pelos neokantianos para romper a formalizada independência típica de Ernst von Beling. Em verdade, o conceito analítico de crime (tripartido), que vem de Beling e Liszt, continua sendo, em princípio, isto é, em linhas gerais, a *espinha dorsal* da ciência jurídico-penal.

²¹³ ASÚA, Luiz Jimenez de. **La ley y el delito**. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1978. p. 238.

²¹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1999. p. 279.

3.1.2.2 O tipo sistemático como tipo do injusto (tipo indiciário) de Max Ernst Mayer

A superação e revisão do modelo proposto por Ernst von Beling não significaram simplesmente uma alteração adaptada ou restrita às figuras dos elementos do crime ou da teoria do delito. Pelo contrário, foi um resultado muito mais abrangente e expressivo, já que, em verdade, a alteração das proposições até então existentes – incorporadas aos trabalhos e escritos que sucediam a idéia incipiente – frutificou da modificação do homem em lidar com o próprio mundo e com as possibilidades do conhecimento científico na humanidade.

A verificação histórica, sob esse prisma, ganha um caráter fundamental de compreensão das alterações que propiciam a mudança da própria existência da dogmática jurídica, permitindo apontar para a premissa metodológica.

Conseqüentemente, o tipo penal e suas elaborações, muito mais que construções absolutizadas no tempo e no espaço, incorporam claramente a historicidade do homem e suas motivações filosóficas. Em tempos de positivismo (sistema hermético, lógico e formal), no qual o Direito se insere como sinônimo de norma verificada somente em face de um ordenamento posto, haja vista a idéia circular de bem jurídico para Beling, passam a existir questionamentos traçados com a finalidade de demarcar sentidos para o mundo, buscando paradigmas valorativos.

As críticas se iniciam tendo em vista a própria inutilidade de um pensamento formal, que mais busca a dogmática insossa e classificatória do que propriamente a “verdade do Direito”, sua axiologia e fundamentação metafísica.²¹⁵ Como reflexo natural das novas posturas adotadas perante o Direito Penal, especialmente decorrentes das alterações dos fundamentos filosóficos e ideológicos do momento, inicia-se uma substituição dos mecanismos utilizados para encarar a conduta penal e transportá-la para construções meramente causais, de alteração do mundo-valor,

²¹⁵ Nessa linha de pensar, caminha a crítica de Néelson Hungria, ao tratar da “pandectização” do Direito Penal: “O movimento ou diretriz de ‘pandectização’ do direito penal teve o seu início entre os modernos germanos: afirmou-se com Carlos Binding e atingiu seu apogeu com Ernst Beling [...] Foi um trabalho quase sistemático de deformação do Direito Penal. Quase se poderia dizer que aconteceu com o Direito Penal o mesmo que aconteceu com aquela ‘mosca azul’ de que nos contam os versos de Machado de Assis: o poleá, que a achou, quis decifrar o mistério de seu esplendor e ‘Dissecou-a a tal ponto, e com tal arte, que ela, rota, baça, nojenta, vil, sucumbiu [...]’ (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.1. Tomo 2. p. 447-8).

objetivado e descritivo de tais alterações naturais. Impunha-se, como consequência, a assunção de noções legalistas e ordenadas.

Com Max Ernst Mayer, a ação,²¹⁶ embora ainda pautada no mecanismo da causalidade, não pode mais ser vislumbrada e compreendida tão-somente em sua ocorrência de fácil percepção, mas as atenções se voltam para a conduta e sua consonância com valorações, construindo um enfoque normativista. Está aberto o espaço para a enraizada incorporação do neokantismo ao Direito Penal.

A inspiração neokantiana deriva de toda uma linha de raciocínio implementado pela chama Escola Sudocidental Alemã, ou Escola de Baden, a qual, ao reconstruir o pensamento de Kant, passa a entender a possibilidade humana de compreensão científica não apenas dos aspectos das ciências naturais, mas também das ciências humanas, desde que com a utilização diferenciada e correta de ferramentas de trabalho.²¹⁷ O neokantismo dirigiu-se, como toda grande linha de pensamento, para diversos caminhos opostos, mas algumas de suas premissas²¹⁸ comuns entre seus formuladores foram incorporadas significativamente no âmbito do

²¹⁶ Definida como “[...] una motivada actuación de la voluntad con inclusión de su resultado”. (MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal**: parte general. Traducción por Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo – Buenos Aires: IBdef, 2007. p. 129).

²¹⁷ Nesse sentido, escreve MOTRAVETA: “Los autores neokantianos dieron una fundamentación a las ciencias culturales. Conservaron la distinción kantiana entre la materia y las formas *a priori*, así como la tesis de que el conocimiento científico se obtiene de la aplicación de éstas en la materia. Pero, a diferencia de Kant, entendieron que la posibilidad del conocimiento científico no se reduce al ámbito de las ciencias naturales y que, por lo tanto, debía corregirse la distinción que aquel había establecido entre conocimiento científico y metafísica, entre ciencia y filosofía. La singularidad del conocimiento que proporcionan de las ciencias del espíritu radicaría en la esociedad de sus categorías *a priori*, y en la conseguinte diferencia entre el conocimiento acerca del contenido de la realidad que se obtiene a través de ellas y el que se obtiene a partir de las formas *a priori* de las ciencias naturales. A pesar de la identidad de la materia cuyo contenido se conoce científicamente la aplicación de formas *a priori* distintas daría lugar a un contenido diverso de esa materia eventualmente unitaria. Solo en este sentido cabería hablar de una diversidad de esa materia eventualmente unitario. Solo en este sentido cabería hablar de una diversidad del método y del objeto de las ciencias naturales u las ciencias culturales” (MOTRAVETA, Sergi Cardenal. **El tipo penal en Beling y los Neokantianos**. Barcelona PPU, 2002. p. 303).

²¹⁸ Sobre as linhas epistemológicas do pensamento kantiano, leciona Ricardo Terra: “O sentido da palavra idéia foi determinado de maneiras diferentes no curso da história da filosofia, o que resultou em longas polêmicas nas quais, freqüentemente, a incompreensão começa pelo modo diferente de se entender a significação da palavra. Para evitar a imprecisão e ter meios de exprimir seu pensamento em seus aspectos originais, Kant propõe um léxico. Entre outros termos, distingue intuição de conceito: ‘a primeira refere-se imediatamente ao objeto e é singular; o segundo refere-se mediadamente a ele, mediante um traço que pode ser comum a mais coisas. O conceito é ou empírico ou puro, e enquanto tem sua origem unicamente no entendimento (não na imagem da sensibilidade) denomina-se *notio*. Um conceito a partir de noções, que ultrapassa a possibilidade da experiência, é a idéia ou conceito racional’ (K.r.V.,250; R. M., 189). Além de distinguir a faculdade passiva das faculdades ativas, Kant distingue entendimento de razão, daí a importância da diferenciação das categorias e idéias. A idéia situa-se no ponto mais alto da escala, é ressaltado o seu caráter puro e, fundamentalmente, a impossibilidade de ser dado, na experiência, um objeto que lhe corresponda. No que se diferenciam dos conceitos do entendimento, as categorias, apesar de puras, dão as condições de possibilidade da experiência, podendo-se com elas conhecer os objetos” (TERRA, 1995, p. 15-6).

Direito, esculpindo, ao seu modo, tanto o pensamento de Mayer quanto o de Edmund Mezger.

Em primeiro lugar, os pensamentos de Stammler²¹⁹ e Rickert (este último pertencente à chamada Escola de Marburgo) introduziram a construção binária para o Direito, em que, não obstante as necessidades de verificação da realidade do ordenamento, inexorável se fazem as construções das idéias do Direito, seus conteúdos. Tal concepção fundamentaria a contraposição ao pensamento legalista e positivista. Aproximando-se o Direito do ideal, do justo, do correto, em uma única expressão, do mundo metafísico e universal do “dever-ser”.²²⁰

Dessa forma, o neokantismo vai, através de suas formas apriorísticas do mundo, na reconstrução e aplicabilidade do imperativo categórico kantiano, decidir pela diminuição ao apego do formalismo legal, buscando o conhecimento de valores humanos imemorais e, assim, capazes de outorgar sentido ao Direito e teleologicamente orientá-lo. O Direito, a todo instante, deve ser contraposto e revalidado pelas categoriais puras e verdadeiras.

Há de ser notado, contudo, que o neokantismo, hoje em dia, não mais é percebido como uma grandiosa transformação do modelo penal concebido na teoria do delito. Os elementos do crime permaneceram os mesmos, ganhando apenas combinações diferentes, como destacado pela idéia bipartida do delito, construída em Sauer e Mezger.²²¹

²¹⁹ Merece destaque o papel assumido por Stammler, comentado por Prado. “Mais extensa e importante para o Direito foi contudo a obra de Stammler, considerado por muitos como o fundador da moderna Filosofia do Direito. A esta última, segundo esse autor, cabe estudar o sistema de formas puras que envolvem as noções jurídicas. Para encontrá-las é indispensável o emprego do método crítico, de origem kantiana, que estabelece uma separação entre forma pura de pensamento (constituída a priori) e matéria (substância contingente). Há uma relação lógica de condicionante e condicionado. A forma pura é a diretriz que condiciona o pensamento jurídico” (PRADO, 2005, p. 101).

²²⁰ Mayer é nitidamente reconhecido como um expoente do neokantismo: “Por volta do começo dos anos vinte, o movimento procedente do neokantismo – com as primeiras obras de BINDER, com LASK, RADBRUCH, MAX ERNST MAYER, etc. – atingiu o seu ponto culminante [...]” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Traduzido por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 113).

²²¹ Sobre os elementos negativos do tipo e os limites entre antijuridicidade e tipicidade, vide: KAUFMANN, Armin. **Fundamentos del deber jurídico y delimitación de la tipicidad**. Traducción por Joaquín Cuello. Anuario de Derecho Penal e Ciencia Penales. Madrid, 1984. p. 5-21.

Porém, o pensamento de Mayer vai significar, de modo direto, duas alterações, que se importam muito mais com a instrumentalidade e legitimação do que propriamente se preocupou a reviravolta dogmática dada com o finalismo de Hans Welzel anos depois.

Max Ernst Mayer, em primeiro lugar, assumirá na integralidade a visão dúplice de bens jurídicos e normas de cultura, o que propiciará o entendimento de sua visão acerca da tipicidade.²²² A positivação em verdade tem o condão de jurisdicizar o imperativo comportamental já preexistente na sociedade, fragmentando ações que espelham valores importantes para o controle e, portanto, alçadas como antijurídicas em sua índole penal.

Por essa forma, o Direito torna-se apto à conversão de bens em bens jurídicos, assim como em prescrever ao Estado, centrado na figura do aplicador da lei, a punição para o infrator e violador do comportamento defeso em lei.²²³

Nota-se que, de fato, surge um elemento a mais para a legitimação do Direito, ressuscitando os corolários normativos tão solenemente afastados pelo positivismo legalista. Ao mesmo tempo, a segurança exigida de liberdade do indivíduo contra o Estado não permite superar, de imediato, o enfoque de apego à lei, criando a contradição enfeixada no positivismo normativista. Mais tarde, porém, a sucumbência do Direito positivado aos preceitos axiológicos teria sua

²²² MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal**: parte general. Traducción por Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo – Buenos Aires: IBdef, 2007. p. 3-10.

²²³ Nesse sentido, assevera Juarez Tavares. “Max Ernst Mayer, com apoio em Stammer, identifica o conjunto de bens jurídicos como imposição de normas de cultura, revigorando uma espécie de naturalismo cultural. Embora tenha buscado definir as normas de cultura em sua famosa obra ‘Normas Jurídicas e Normas de Cultura, editada em 1901, como ‘totalidade dos mandatos e proibições que se dirigem ao indivíduo como exigências religiosas, morais, convencionais, relacionais ou profissionais’ o que as situaria no plano dos imperativos, entende MAX ERNST MAYER que a função do ordenamento jurídico estaria limitada a ‘converter bens em bens jurídicos e garantir-lhes a tutela’. Essa tutela, entretanto, percorre duas vias. Na primeira, reconhecer-se-ia que o bem jurídico, apesar de derivar normalmente de um dado real, só teria existência a partir das imposições das normas de cultura que, dirigindo-se ao povo, lhe asseguram a transformação de simples coisa a um bem dotado de valor e lhe respaldam a proteção, criando a todos, indistintamente, deveres de proteção e respeito. Na segunda, o bem valorado no sentido das normas de cultura assumiria a condição de bem jurídico, agora não mais dirigido a todos, mas exclusivamente ao juiz, que teria como função sancionar as respectivas infrações de sua violação” (TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 135-6).

experimentação prática comprovada na Escola de Kiel, fundamentadora do nazi-fascismo²²⁴ em sua faceta criminal.

O neokantismo oferece, destarte, o primeiro passo da flexibilização normativa no bojo da teoria do delito, encaminhando os passos da jurisprudência de conceitos,²²⁵ entendida como a possibilidade de aplicabilidade prática de um sistema por essência não-dinâmico, já que lógico e fechado.²²⁶

Diante do contexto de inserção ideológico de Mayer, o tipo penal construído vai naturalmente se afastar da objetividade, decorrente da ação causal, elaborada por Beling.²²⁷ Embora o pensador mantenha a divisão estanque entre tipo e antijuridicidade, existirá em sua formulação uma aproximação instrumental entre ambos. Em seu Tratado de Direito Penal, descrito por Jimenez de Asúa,²²⁸ Mayer assevera que a tipicidade remete à possibilidade de cognição da ilicitude sendo, portanto, indiciária da mesma.²²⁹ Seu valor, assim, não se confunde com a

²²⁴ Acerca do nazi-fascismo e sua vinculação com o neokantismo, vide. CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito Penal do seu tempo**: estudos sobre o direito penal nacional-socialista. Traduzido por Paulo César Busato. Rio de Janeiro; Lumen Júris, 2005.

²²⁵ Como base, entende-se aqui a jurisprudência dos conceitos: “[...] como o um conjunto de teorias que se organizam em torno do mesmo objeto: a construção de um caminho pelo qual o Direito poderia obter a forma de um sistema. Ressaltemos ainda o significado próprio da expressão: um saber sistemático é aquele que tem a variedade de seus componentes integrados a um princípio unitário. Nesse sentido, as múltiplas ramificações e particularidades de um determinado campo do saber têm de possuir uma interconexão, uma vez que todos os seus elementos provêm da mesma fonte. Esta é a condição de possibilidade do saber sistemático. Assim, é que temos toda uma série de teorias que buscam desvendar qual o elemento que poderia garantir a unidade do direito - e, lembramos ainda uma vez o fato de que, nas nações sem a forma Estado, o Direito foi concebido como um fenômeno que ia muito além daquilo que foi materialmente legislado. A busca era por aclarar as relações entre os componentes do Direito, dar significado às relações ainda sem qualificação jurídica” (BARRETO, 2006, p. 483).

²²⁶ “De fato, a introdução do elemento axiológico no sistema do delito permitiu à dogmática o avanço sobre as teorias anteriores, formalistas e empíricas, diante da possibilidade de buscar-se na estrutura das leis as soluções requeridas pelo Direito Penal [...] O neokantismo, apesar da crítica de Welzel de que se tratou de um mero complemento do positivismo jurídico, na dogmática jurídico-penal pretendeu introduzir correções ao positivismo naturalista de von Liszt de Beling, sem derrubar o que havia sido construído” (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas**: dogmática jurídico penal e política criminal. São Paulo: Cultura Paulista, 2002. p. 148-9).

²²⁷ “Deve-se entender por ‘ação’ um comportamento corporal (fase externa, objetiva da ação) produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de inervação muscular, voluntariedade), (fase interna, subjetiva da ação); isto é, um comportamento corporal voluntário, consistente em um fazer (ação positiva), isto é, um movimento corporal, por exemplo, levantar a mão, movimentos para falar etc., ou em um não fazer (omissão), isto é, distensão dos músculos” (BELING, 2007, p. 11).

²²⁸ ASÚA, 1978, p. 238.

²²⁹ Acentua Roxin: “Mayer subraya com mayor precisión que Beling el carácter indiciario del tipo penal con relación a la antijuridicidad y su carácter de más importante fundamento para su conocimiento. El tipo guarda respecto de la antijuridicidad la misma relación que el humo con el fuego: El humo no es fuego ni contiene fuego, pero mientras no se prueba lo contrario indica la existencia de fuego” (ROXIN, Claus. **Teoria del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Traducción por Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979).

antijuridicidade, agora vista como normativa e despregada do ordenamento jurídico, mas ao mesmo tempo a ela faz remissão, uma vez que a comprovação da existência típica marcará indícios de existência de uma conduta também contrária à norma.²³⁰

Em arremate, aduz Luiz Luisi sobre a proposta de Mayer:

No mesmo ano do aparecimento do trabalho de A. Hegler – e ao que se diz, com desconhecimento deste, e com referências apenas à obra de H. A. Fischer – Max Ernst Mayer, em seu *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, tratava assunto, pela primeira vez dentro de uma obra sistemática, sustentando a existência dos elementos subjetivos do injusto e afirmando que nem tudo que é subjetivo pertence à culpabilidade, nem somente o objetivo concerne à antijuridicidade. No entanto, a contribuição inovadora de M. E. Mayer foi a descoberta dos elementos normativos, demonstrando que o tipo penal não é valorativamente neutro, mas que em muitos deles estão presentes expressões de conotações axiológicas. Segundo este grande penalista, os elementos normativos ‘são aquelas partes essenciais de um evento típico que não tem mais que determinada importância valorativa’, e que ‘como partes essenciais da ação se distinguem das referências do ato e são, de resto, o mais fácil de reconhecer por uma característica que falta nestas: são partes essenciais que não estão em relação de causalidade com o movimento corporal’. Que a coisa alheia subtraída não é causada pelo ladrão, ou melhor, a subtração da coisa é obra do ladrão, mas não a alienidade da coisa.²³¹

Efetivamente, o pensamento de Mayer teve fundamental importância para a manutenção da discussão acerca do tipo penal, colocando-o como elemento central dos debates acadêmicos, reavivando as polêmicas e, através do tipo como *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, inflamando o surgimento das novas elaborações e contornos científicos.

²³⁰ No mesmo diapasão: “Nesta definição, foi colocado acento nos critérios da tipicidade e da antijuridicidade, assinalando-se que a tipicidade deixa de ter um simples caráter descritivo, mas lhe é atribuído um valor indiciário. De fato, uma conduta típica já é indício de sua antijuridicidade” CAMARGO, 1982, p. 9. “A separação entre tipicidade e antijuridicidade ainda é mantida; mas, agora, tem-se que a constatação de um fato típico já se constitui, de forma indiciária, em possibilidade de antijuridicidade. Impõe-se, pois, o enfoque tricotômico do delito” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual** – interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 77. “Mayer não se afasta integralmente da noção de tipo de Beling, pois considera a tipicidade e a antijuridicidade como elementos distintos, porém, relacionados, pois a antijuridicidade se manifesta indiciariamente na conformidade do fato ao tipo. Por meio do tipo, em uma relação obrigatória, é que se alcança a antijuridicidade” (REALE JÚNIOR, 1998, p. 40).

²³¹ LUISI, 1987, p. 17-8.

3.1.2.3 O tipo essência de Edmund Mezger

O pensamento de Edmund Mezger certamente é o que melhor espelha o ideal de construção neokantiano de sua geração, fazendo com que o tipo alcance, no bojo da teoria do delito, a função de *ratio essendi* da antijuridicidade. A formulação é dotada de notória importância no desenvolvimento dogmático penal, pois, além de incorporar os postulados filosóficos antagônicos ao positivismo jurídico puro, altera a própria estrutura do delito, unificando e fundindo os elementos tidos como objetivos e normativos e criando a estratificação bipartida do crime.²³² De um lado, acentua-se a tipicidade como base real de sustentação do ilícito (legalidade), e, de outro, a subjetividade como juízo de reprovação vinculado ao agente (teoria normativa da culpabilidade).

Mezger não olvidava também a necessária relação entre a legalidade e o tipo penal: “[...] che per fondare la pretesa penale non é sufficiente ogni qualsiasi azione antijurídica, bensí si richiede un torto tutto speciale, un torto conforme ad una fattispecie, un torto tipicizzato”.²³³

Todo o pano de fundo da construção de Mezger, o que já havia ocorrido com Mayer, é a percepção intuitiva da existência de elementos no tipo penal que impossibilitam a acepção completamente objetiva de sua verificação. Todavia, diante dessa mesma constatação, alvo da crítica do neokantismo como um todo ao positivismo de Beling, os Autores tomaram posições diferenciadas, de modo que

²³² “A medida que la ciência del Derecho penal fue tomando concinecia de que la construcción de los conceptos y del propio sistema de la dogmática del derecho penal debían reducir su nivel de abstración y abordarse mediante referencias valorativas, la teoría del tipo adquiriere un interés y un protagonismo en el marco de la teoría del delito superior al que poseís hasta entonces. La concepción de Mezger sobre la teoría general del delito y el lugar que en ella ocupa la teoría del tipo representa, seguramente, la mejor plasmación de la metodología neokantiana de la Escuela Sudoccidental en la teoría del Derecho penal. Si la concepción de M. E. Mayer se caracterizaba de completer desde una perspectiva material la teoría del tipo propuso Beling, el concepto valorativo de tipo de Mezger supone el abandono del punto de partida el que Beling había edificado la teoría del tipo: la distinción entre la ley penal y la norma que infringe la conducta delictiva y determina su carácter antijurídico” (MOTRAVETA, 2002, p. 47).

²³³ MEZGER, Edmund. **Diritto penale**. Traduzione Filippo Mandalari. Padova: Dott. Antonio Milani, 1935. p. 194-5.

Mayer foi mais tímido nas alterações trabalhadas em seu modelo, não rompendo completamente com seu antecessor.²³⁴

Conforme descrito, Ernst Mayer resolveu por manter a estruturação tríplice de delito, entendendo que os elementos normativos que impingiam deficiências à tese da independência constituíram substratos apenas para ressaltar a noção indiciária que o tipo penal fazia aos bens jurídicos consubstanciados como normas de cultura no seio social. Os elementos do tipo que não faziam menção a objetividades ou à relação de causalidade pertenciam, como se poderia dizer, ao mesmo tempo, ao tipo e à antijuridicidade; conceitos estanques, mas com determinadores certas vezes comuns.

Logo, as expressões “coisa alheia” e “mulher honesta” em ambos os Autores eram condições suficientes para destronar o paradigma neutro de Beling, mas, até então, conforme a formulação de Mayer, tão-somente instrumentalizavam o tipo penal na sua condição de indiciário da ilicitude - “[...] los tipos legales son fundamentos del reconocimiento de la antijuridicidad [...]”.²³⁵

Mezger rompe definitivamente com o corolário de Beling e sua estruturação derivada de Karl Binding, colocando a existência de uma ação típica e antijurídica como uma ação tipicamente antijurídica, o que resulta em diversas conseqüências. O pensamento se constrói no sentido de que o legislador, ao estipular uma determinada conduta como típica, não apenas impõe essa qualidade, mas o ato de especificação normativa, em si mesmo, atribui de imediato a noção de antijurídico (teoria das normas neokantianas).²³⁶

Não existe a possibilidade de existência de um fato típico não antijurídico, uma vez que tal constatação seria ilógica para a extremada visão valorativa neokantiana. O Autor imiscui a axiologia e a positivação, embora, com isso, seja obrigado ao contorcionismo realizado nas casas de justificação (elementos negativos do tipo). Ao mesmo tempo, não há o que se falar em ilícito penal sem tipicidade, já

²³⁴ Nesse sentido, ROXIN, 1979, p. 61-2.

²³⁵ MAYER, 2007, p. 227.

²³⁶ MEZGER. 1935, p. 204.

que, desde os tempos de Franz von Liszt, a categoria penal estava adstrita umbilicalmente às noções de legalidade.²³⁷

Espelha-se assim a reciprocidade entre tipicidade e antijuridicidade que consegue explicar a criação da teoria dos chamados elementos negativos do tipo²³⁸ Penal postulado por Adolf Merkel,²³⁹ também neokantiano. Esta é a única maneira de explicitar a existência sem contradições da tipicidade como *ratio essendi* do injusto.

Nesse particular, Roxin comenta sobre os postulados defendidos por Mezger:

El tipo es por tanto una figura totalmente normativa, un 'inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser'. Perro de ello se derivaba que de modo general ya no era posible seguir aferrándose al carácter no valorativo del tipo. Así declaraba Mezger

²³⁷ LISZT, 2003, p. 169-72.

²³⁸ Como bem explica Roxin, "se si reconoce que ya el tipo supone una valoración desde puntos de vista del injusto, entonces surge la pregunta de por qué el mismo sólo contiene una parte de las circunstancias determinantes para el injusto y en cambio otra parte de las circunstancias determinantes para el injusto y en cambio otra parte queda reservada para la categoría de la antijuridicidad. Dado que los elementos del tipo fundadores del injusto y los elementos de las causas de justificación, excluyentes del injusto, tienen la misma función de otros permite un juicio definitivo sobre el injusto del hecho, parece lógico reunirlos en una categoría del delito incluyendo en el tipo los presupuestos de las causas de justificación. Una posibilidad de efectuar esa construcción la proporcione en una temprana etapa de la teoría, formulada por Merkel, de los elementos negativos del tipo. Según esta concepción, que fue muy discutida, pero posteriormente también fue acogida por un amplio sector, las causas de justificación se han sacado de los tipos de la Parte especial y se les han antepuesto (en la parte general) sólo por razones de técnica legislativa – para no tener que repetir las en cada concepto penal-; pero materialmente ello no cambia el hecho de que hay que incluirlas en los tipos concretos según su sentido, de tal manera que p. ej. habría que leer así el § 223: 'El que maltrate físicamente a otro o le cause daño en su salud, será castigado [...], a no ser que la acción sea necesaria para repeler una agresión actual y antijurídica, o un peligro de menoscabo de intereses substancialmente preponderantes que afecte a la vida, integridad, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, o sea necesaria por razones educativas frente al propio hijo', etc. Tal formulación, que en el ejemplo propuesto incluye en su seno las causas de justificación de la legítima defensa (§32), el estado de necesidad justificantes imaginables, convierte a los elementos de justificación en elementos *negativos* del tipo en cuanto que su no *conurrencia* es presupuesto de cumplimiento del tipo. Mientras que los elementos contenidos en las descripciones de los delitos de la Parte especial por regla general (cfr. Sin embargo nm. 30-32) han de comprobarse positivamente para que se cumpla el tipo, en el caso de las circunstancias justificantes sucede justamente al revés, de modo que su presencia excluye el tipo, mientras que su negación (no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad justificante, etc) conduce a afirmar la realización del tipo. [...] Y si con respecto a los tres atributos esenciales de la acción (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) se puede hablar de una estructura tripartida, en cambio, la teoría de los elementos nativos del tipo conduce a un sistema bipartido del delito, que en caso de concurrencia de una acción, sólo distingue además entre el injusto típico y la culpabilidad, y a lo sumo se diferencia, dentro de la amplia categoría delectiva del injusto, entre tipos positivos, fundadores del injusto, y contratipos negativos, excluyentes del injusto" (ROXIN, 1999, p. 283-4).

²³⁹ MERKEL, Adolf. **Derecho Penal**: parte general. Traducción por Pedro Dorado Montero. Montevideo – Buenos Aires: IBdef, 2006.

ya en 1926: 'el acto de creación legislativa del tipo [...] contiene directamente la declaración de antijuridicidad, la fundamentación del injusto como injusto especialmente tipificado. El legislador crea al formar el tipo la antijuridicidad específica: la tipicidad de la acción no es en manera alguna mera *ratio cognoscendí*, sino auténtica *ratio essendí* de la (especial) antijuridicidad; convierte a la acción en acción antijurídica, aunque es cierto que no por sí sola, sino sólo en unión con la falta de causas concretas de exclusión del injusto [...] 'Esta teoría del tipo como un jurídico provisional de injusto, que experimentó un impulso decisivo por parte del 'pensamiento referido al valor' del neokantismo (cfr. § 7, nm. 18), sigue siendo aún dominante em la ciencia actual. Sin embargo, el reconocimiento de la normatividad del tipo ha dado lugar a que se plante la cuestión de si realmente puede mantenerse la concepción del tipo como una categoría sisteática autónoma frente a la antijuridicidad, [...]'²⁴⁰

O Direito apenas se faz num ambiente de relações humanas dotado de constantes valorações, inexistindo a possibilidade de cisão – para os neokantianos – entre valores e normas, o que deve ser espelhado logicamente na construção dogmática do sistema penal. O tipo penal concretiza factualmente as noções valorativas, sendo impossível o vislumbre de alguma norma de conteúdo ou carácter independente ou exclusivamente indicadores da antijuridicidade.

O grande problema da teoria de Mezger, embora de certo grau persuasiva,²⁴¹ é a falha epistemológica que resta por cometer na cognição antijurídica das relações sediadas no sistema penal e no Direito como um todo. Ao sustentar a existência da antijuridicidade na própria tipicidade, em sentido contrário, poder-se-ia dizer ser impensável a possibilidade da primeira sem a segunda, o que, a rigor, não corresponde ao fenómeno do Direito. Ao incluir o tipo (como injusto objetivo) na antijuridicidade (como injusto tipificado), Mezger não resta por resolver possibilidades e hipóteses em que, mesmo verificada a ilicitude, essa incidência não se faz quanto ao modelo reitor. Em outras palavras, o jurista acaba por criar duas

²⁴⁰ ROXIN, 1999, p. 282-3.

²⁴¹ Defendendo, atualmente, uma teoria do tipo de ilícito num sistema teleológico funcional: DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões Fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 218.

modalidades de antijuridicidade. Ao lado da antijuridicidade penal, coloca-se outra não-penal, cindindo, assim, a existência do Direito como objeto único.²⁴²

Nota-se que o ponto fundamental de todo o aparato de desenvolvimento neokantiano, aplicado à ciência jurídico-penal, é a forte preponderância que o discurso jurídico passa a ter em referência (como elemento constitutivo) ao discurso do Direito. A entrada e o reconhecimento dos elementos normativos do tipo, retirados de sua condição de objetividade e designados para a esfera da ilicitude – local normativo e de valoração – desmascaram, com maior facilidade, a constante atualização do Direito em sua aplicabilidade concreta, ou, mais do que isso, sua realização construtiva de sentido da norma sendo levada a efeito mais pelo intérprete do que propriamente pelo legislador ordinário.

Dentro de um dinamismo social crescente, em que as construções intelectivas e conceituais saem das mentes e ocupam espaço real no universo das relações entre homens mediados por meios de produção, os elementos normativos são os espaços adequados para a inserção definitiva do Direito Penal como especializado mecanismo de imposições de comportamentos que, ideologicamente, apresenta-se como o criador de expectativas justas, liberatórias e garantidoras da paz social.

²⁴² Anotando tais críticas, irrefutáveis as considerações de Asúa sobre a problemática. “En verdad, Mezger subraya que la ‘antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo’, posto que pueden existir acciones que non son antijurídicas; pero en cambio es esencial a la antijuridicidad la tipificación. Esta tesis lleva inevitablemente a crear una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general, absolutamente inadmisibile en las concepciones actuales. El propio Mezger trata de defenderes contra las consecuencias a que le lleva su doctrina e insiste vigorosamente en que sus ideas engendran una antijuridicidad penal específica”. (ASÚA, 1978, p. 239). Do mesmo modo, as ponderações de Reale Júnior. “A ilicitude não é elemento da tipicidade, mas sim do crime, posto que pode haver ações típicas não antijurídicas, pela ocorrência das causas de exclusão da antijuridicidade. Os elementos normativos poderiam levar a idéia de que a antijuridicidade integra a tipicidade, contudo, esses elementos, malgrado representem juízos, são dados do tipo, por serem juízos de menor grau que o da antijuridicidade. A ilicitude constitui um juízo superior acerca dos elementos constitutivos do crime, porém, não deixam de ser um elemento também do crime, pois a diagnose do delito compreende não só a percepção do sintoma crime, os componentes do tipo, como também a própria doença, a antijuridicidade. A tipicidade para Mezger, conforme procura demonstrar através da elaboração do tipo penal, constitui a razão de ser da antijuridicidade, e entretanto, a seu ver, esta não é elemento constitutivo da tipicidade. A antijuridicidade é tão-somente elemento do crime, não da tipicidade, tendo em vista a possibilidade da incidência de uma causa de justificação sobre um fato típico. A nosso ver com Mezger, essa matéria permanece em forma nebulosa, pois pode parecer contraditório que a tipicidade seja a razão de existência da ilicitude sem que esta, contudo, não a integre. Mezger, sem dizê-lo, distinguiu o tipo, que contém um juízo valorativo revelador da antijuridicidade, da adequação típica, que constitui a *rati essendi* da antijuridicidade, sem que contudo esta integra aquela” (REALE JÚNIOR, 1998, p. 43).

A construção dogmática neokantiana permite essa reflexão. A crítica da objetividade da linguagem do Direito foi feita, mesmo que indireta e pontualmente especificada, por Mezger e Mayer, que reconheceram a impossibilidade da descrição jurídica independente de qualquer aspecto axiológico. Porquanto, os elementos normativos ensejam momentos diversos de poder político decisório e vinculativo, estendendo para o cotidiano da aplicabilidade o sentido determinado no momento decisório que concretiza o aspecto mandamental. A demarcação dos valores e seus sentidos suscitam uma disputa constante, sobressaindo-se em relação à frieza simples da lei.

A procura dos valores apriorísticos do neokantismo, por outro lado, impõe necessariamente um formato uníssono de ver o mundo e de encarar seus conflitos, ensejando a disputa na capacidade de fazer preponderar determinadas colocações sobre outras divergentes ou menos apropriadas. A verdade valorativa imemorial é, para essa corrente, a essencial verdade, imodificável e, assim, inquestionável pelo cidadão. Desse modo, é a mais pura ideologia na visão materialista de falsa consciência.

A pretendida universalidade dos bens jurídicos do neokantismo e suas análises de imutabilidade atingirão diretamente a formatação do Direito nas sentenças, fazendo do elemento normativo o espelho refletor de concepções dominantes e capazes de manter um Direito Penal do controle. A vida, a propriedade, a família, todos vistos como abstrações categóricas, certamente outorgarão maior legitimidade ao Direito que a doutrina de capilaridade dos positivistas. Contudo, a imposição e a impossibilidade de relativização dos valores²⁴³ tornam-se um óbice para a consolidação de um ambiente participativo e plural em significados.

A descoberta do aspecto valorativo do Direito foi resolvida por esses pensadores dentro do vislumbre idealista, próprio da filosofia de Baden: a tradição

²⁴³ No presente momento, pode-se compreender que é esta herança neokantiana da dogmática penalista que irá colidir com a forma pós-moderna da sociedade. Forma esta que, como já se referiu no capítulo anterior, se notabiliza justamente pela ausência (ou impossibilidade) de metavalores constituintes da uma unidade social.

germânica de Kant e Hegel. A II Guerra e o advento deletério e totalizador da Escola de Kiel, pormenorizada no “Direito Penal de autor”²⁴⁴ e nos “Estranhos à Comunidade”, trazem, por sua vez, o pólo oposto, ou seja, a busca de um ontologismo ou de estruturas lógico-objetivas prévias à realidade humana como garantias de horizontes mais seguros e razoáveis. Logo, ao se buscar uma ontologia na edificação dogmática jurídico-penalista, chega-se a Hans Welzel.

3.1.2.4 O tipo finalista de Hans Welzel

A avaliação superficial das conclusões de Hans Welzel,²⁴⁵ talvez o maior expoente do Direito Penal na primeira metade do século XX, pode significar alguns equívocos de posição a respeito da própria aceitação e perenidade de suas assertivas teóricas.

A divisão tríplice hoje aceita do crime entre seus elementos autônomos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), embora resgate nesse sentido o modelo Liszt/Beling,²⁴⁶ não representa, apenas por esse aspecto, a total concordância com os postulados da teoria finalista. Por conseguinte, a existência nos ordenamentos da expressa construção dos três conceitos que perfazem o crime não pode ser entendida por si só como a absoluta admissão de todas as categorias

²⁴⁴ Zaffaroni e Batista tecem comentários oportunos sobre o Direito Penal de autor e Direito Penal do ato: “Se optarmos por recolocar a questão a partir da essência do delito, poderemos reordenar as posições em função díspares concepções da relação do delito com o autor. Enquanto, para alguns autores, o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor – embora haja discordância no que tange ao objeto – esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Estendendo ao extremo esta segunda opção, chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena. O conjunto de teorias que este critério compartilha configura o chamado direito penal de autor” (ZAFFARONI, E. Raúl.; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro** – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 131).

²⁴⁵ WELZEL, 2003, p. 78.

²⁴⁶ Nesse sentido, lecionam Ramírez e Malarée: “En la doctrina penal se suele definir el delito como una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. A partir de esta definición, se distinguen tres elementos diferentes ordenados de tal forma que cada uno de ellos presupone la existencia del anterior. Éstos son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Esta fórmula es conocida genéricamente como el sistema Liszt/Beling en referencia a los autores a quienes, con razón a pesar de pertenecer a escuelas diferentes, se les atribuye el mérito de haber puesto las bases fundamentales de la moderna teoría del delito” (RAMÍREZ; MALARÉE, 1999, p. 15).

diagnosticadas por Welzel. Não é porque alguém afirma a estrutura tripartite que, de imediato, se torna finalista.

Apenas para se ter idéia, a formulação de teorias como a imputação objetiva ou o próprio funcionalismo, os quais aceitam – no mais das vezes – a tripartição delitiva, não implica o juízo de coerência epistemológica como o quanto aplicado por Welzel.

Do mesmo modo, aceitar a transposição dos elementos dolo e culpa da culpabilidade para a tipicidade na sedimentação do conceito de tipo subjetivo também não basta para o título de defensor do finalismo.

Para o entendimento das bases da formulação de Welzel, resta inafastável a compreensão da mais importante tese suscitada por este Autor, qual seja, a noção de ação final,²⁴⁷ verdadeira fonte de alimentação de todo seu edifício teórico. Se assim não se faz, pode permanecer a impressão de que a íntegra do movimento de alteração dos componentes do crime deu-se de forma causal, baseada simplesmente no automático combinatório de peças, que acabou por assumir fecunda relevância. O tipo penal, na concepção do Autor, vai reconstruir a realidade assim compreendida no modelo finalista (mundo ordenado – ação humana organizada em contexto ontológico).²⁴⁸

Welzel parte de forte acumulado científico para a formulação da teoria da ação final, aqui refletida em construções dogmáticas que a incorporam de modo prático. O próprio Pensador, diante dos diversos questionamentos que sofreu acerca de suas influências filosóficas, fez questão de salientar em sua obra qual o vértice que pautou suas incipientes reflexões sobre a teoria finalista, embebendo-se da psicologia e da fenomenologia, conforme detalhadamente frisa no prefácio da quarta

²⁴⁷ WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Montevideo – Buenos Aires: IBfdef, 2006.

²⁴⁸ As relações do tipo com a realidade ontológica são condicionadas. A ação humana como estrutura lógico-objetiva determina como deve ser a estrutura do tipo. “Como consectário, é evidente que os conceitos normativos, isto é, os da lei, bem como os elaborados pelo juiz, ou pela ciência do direito, não transformam, dando ordenação e sentido a uma realidade heterogênea e desorganizada, mas encontrando uma realidade com estruturas noológicas que a faz organizada, e mesmo cheia de valores, limitam-se à descrição dessa realidade” (LUIZI, 1987, p. 38).

edição de sua obra “O Novo Sistema Jurídico-Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista”.²⁴⁹

O desenvolvimento da teoria de Welzel consiste na ruptura com os modelos de ação vigente até então (teoria causal-naturalista).²⁵⁰ Refuta-se a visão inspirada no idealismo de Hegel e pautada na noção de ato humano como expressão da vontade moral. Ao mesmo tempo, não aceita o empirismo positivista de entender o ato humano como externo e voluntário, porém desprovido de importância intencional para o tipo configurando no modelo de Liszt/Beling. Despreza-se, ainda, a ação causal e social dos neokantianos, que tentam outorgar um sentido valorativo como base de interpretação do mundo desorganizado.

²⁴⁹ “Não teria, sem dúvida alguma, nenhum motivo para me envergonhar se a origem de minha doutrina estivesse na filosofia de Nicolai Hartmann – se isso fosse correto. Mas esse não é o caso. As sugestões para a formulação da teoria finalista da ação não procederam de N. Hartmann, mas da Psicologia do Pensamento, e a primeira delas, da obra *Grundlagen der Denkpsychologie* (fundamentos da Psicologia do Pensamento), do recém-falecido filósofo Richard Honigswald. Recebi também outras sugestões dos trabalhos dos psicólogos Karl Buhler, Theodoro Erismann, Eric Jaench, Wilhelm Peters e dos fenomenólogos P. F. Linke e Alexandre Pfänder, entre outros. Todos esses trabalhos, que aparecem entre 1920 e 1930, promoveram uma ruptura com a antiga psicologia mecanicista, de elementos e associações, e evidenciaram uma forma de realidade dos atos anímicos que não era causal-mecânica. Em meu primeiro artigo denominei essa forma de realização intencional dos fins e a segui a partir da ação interna, dos atos do pensamento, que haviam sido destacados pelos trabalhos daqueles autores, até os atos voluntários e a realização da vontade (por conseguinte, até a ação externa)” (WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal: uma introdução a teoria da ação finalista**. Traduzido por Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 11-20).

²⁵⁰ A teoria causal-naturalista da ação desenvolveu-se basicamente de 1880 em diante, sendo dominante na doutrina por durante cerca de três décadas. Sua matriz filosófica foi o positivismo naturalista que dominava o pensamento científico naquele fim de século. Na estrutura positivista naturalista que deu azo ao sistema clássico de crime, a conduta humana foi reduzida à condição de uma relação de *causa* e *efeito*: uma consequência lógica do fundamento filosófico, próprio da época, que lhe deu base. Novamente, há que se louvar em Franz von Liszt: “Ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem, Sem *ato de vontade* não há ação, não há injusto, não crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado. Destarte, são dados os dois elementos de que se compõe a idéia de ação e portanto a de crime: ato de vontade e resultado” (LISZT, 2003, p. 217).

Todas essas concepções enfrentavam problemas, com destaque para o plano causal de limitação e extensão da ação em termos jurídico-penais. O reflexo das tentativas de limitar a causalidade apresenta-se na teoria da equivalência das condições (artigo 13²⁵¹ do Código Penal brasileiro), eis que, se levada ao limite, seria capaz de criminalizar os primeiros mortais por todos os males do mundo. As dificuldades da causalidade importaram na tentativa de contorná-la por respaldos interpretativos de proibição de regresso, causalidade adequada ou relevância; tudo como desespero de limitação de sua abrangência.²⁵²

Porquanto, Welzel atribui ao comportamento humano a finalidade, o intuito, o escopo de alcançar determinado objetivo. Por conseguinte, para o Doutrinador, não se pode pensar a ação humana desprovida de finalidade ou intenção, haja vista que os homens possuem a capacidade de adicionar e movimentar os cursos causais visando sempre a atingir determinadas metas. A espinha dorsal da ação finalista é a vontade, que não pode, por isso mesmo, ser relegada ao plano secundário ou periférico de análise científica. A finalidade pertence à ação como categoria pré-determinada e apenas dessa forma tem de ser incorporada pela teoria do delito, atribuindo ao atuar humano sentido de vidência em contraposto à cegueira resultante de sua percepção no aspecto causal ou naturalista (sensorial). A análise ontológica e suas estruturas lógico-objetivas não podem ser desprezadas pelo legislador, sendo certo que este permanece adstrito àquelas sob pena de insanável equívoco. Se o tipo penal tem a missão de ler o mundo, deve fazê-lo tal qual de fato o é.

²⁵¹ Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

Vide artigo doutrinário penal.

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

²⁵² Camargo traz, com detalhes, em sua obra, a evolução das tentativas de correção aos corolários da Teoria Causal da Ação, iniciando sua exposição, feita na Parte II do Livro, com a seguinte ponderação: “A evolução da teoria do delito foi acompanhada de uma questão crucial que é a relação que pode determinar a existência de um crime. Há no mundo real determinadas ações que não interessam ao Direito Penal, mas somente aquelas que, nos termos da lei são atribuídas e possuem interesse jurídico-penal” (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultura Paulista, 2004. p. 45-60).

A finalidade distingue-se da mera voluntariedade percebida até então como elemento de culpabilidade. O conteúdo da atuação humana apenas pode ser vislumbrado diante do querer (elemento volitivo) e do conhecer (elemento cognitivo). A ruptura que Welzel realiza por meio do conceito de ação subjetivada e a respectiva efetividade na matéria de proibição implicam necessariamente a reelaboração da tipicidade.

Nessa senda, Welzel define ação, *verbis*:

Ação humana é o exercício da atividade finalista. A ação é, portanto, um acontecer 'finalista' e não somente 'causal'. 'A finalidade' ou atividade finalista da ação se baseia em que o homem, sobre a base de seu conhecimento causal, pode prever em determinada escala as conseqüências possíveis de uma atividade com vistas ao futuro, propor-se a objetivos de índole diversa e dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção desses objetivos.²⁵³

O atuar humano na construção finalista pode ser examinado em dois momentos diversos, sendo o primeiro transcorrido completamente no aspecto intelectual ou do pensamento, e o segundo relacionado diretamente com as conseqüências trazidas pela realização daquela determinada conduta. A fase inicial do pensamento pode ser subdividida em três etapas, quais sejam: (I) antecipação do fim; (II) seleção dos meios necessários para sua realização, e (III) consideração dos efeitos concomitantes. Na etapa final, o resultado é visto como o conjunto das conseqüências, tanto aquelas derivadas da eleição dos meios (externalidade), na medida em que o sujeito tenha contado com a possibilidade de sua produção.

Essa construção idealizada por Welzel trará as alterações sistemáticas como conseqüências lógicas, tendo em vista a ligação umbilical da elaboração dogmática com as estruturas lógico-objetivas que perfazem a ação. Se a ação não pode mais ser vista simplesmente como externalidade causal, o tipo penal não poderá, da mesma forma, ser compreendido dessa maneira. O tipo penal assume duas perspectivas, objetiva e subjetiva. A primeira desligada da antijuridicidade e capaz de realizar a leitura objetiva das matérias de proibição, permitindo ao cidadão e ao juiz identificarem quais são os comportamentos proibidos. A segunda perspectiva

²⁵³ WELZEL, 2003, p. 79.

conterá a faceta volitiva da conduta, sendo integrada pelos elementos dolo e culpa retirados da culpabilidade neokantiana.

A noção pura do tipo descritivo de Beling não mais vai ser admitida em seu aspecto de objetividade, tendo em vista o elemento anímico que, a partir de agora, passa a integrar o delito em sua face subjetiva.²⁵⁴

A percepção da existência de elementos anímicos na figura reitora não foi, em si mesma, um ineditismo de Welzel, posto que os neokantianos já haviam percebido tais aspectos subjetivos, inclusive para tentar resolver a justificação teórica do crime tentado, promovendo, ademais, as mencionadas críticas ao modelo neutro objetivado do sistema Liszt/Beling do *Tatbestand*. Contudo, o apego à teoria causal da ação neokantiana jamais possibilitaria o salto dado por Welzel de reestruturação do tipo penal e da culpabilidade, o que possibilita dizer que a verdadeira inovação deste último foi a construção da teoria final da ação, sendo as demais implicações conseqüências naturais dessa visão inovadora sobre a base da teoria do delito.

Todavia e curiosamente, Welzel acabou mais reconhecido e lembrado por sua estrutura categorial do delito. Restou, por outro lado, efusivamente criticado em sua teoria da ação final, superada pelos funcionalistas²⁵⁵ e suas construções mais adequadas à sociedade de risco complexa e reflexiva.

²⁵⁴ A postulação do tipo subjetivo no finalismo retirou a característica exclusivamente objetiva do tipo em Beling. Todavia quanto ao tipo objetivo tão-somente, Welzel aproxima-se mais de Beling do que dos pensadores neokantianos. Tal constatação originou na doutrina diversas posições acerca da relação das conclusões estabelecidas por Welzel e Beling, não obstante derivarem de métodos claramente opostos. Salutar, neste sentido, a análise de Roxin sobre o “belinguianismo” de Welzel (ROXIN, 1979, p. 69-81).

²⁵⁵ Desde a publicação, em 1963, da tese de habilitação de Claus Roxin, intitulada *Täterschaft und Tatherrschaft*, e, em 1970, de seu *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, a ciência penal pós-moderna vem convivendo com a construção do Direito Penal a partir da perspectiva da política criminal. Tal pensamento, disseminado em nível mundial, sob as vestes do funcionalismo alemão, possuindo hoje inúmeras vertentes, agrupadas em dois grandes grupos; o funcionalismo monista-normativista (cujo grande expoente é Günther Jakobs) e o funcionalismo dualista (de Claus Roxin). Em rumo diametralmente oposto a essas concepções, apresenta-se o ainda resistente monismo individualista da Escola de Frankfurt (Winfried Hassemer, principalmente), cuja fundamentação neocontratualista possibilita ao Direito Penal desenvolver-se a partir da finalidade protetiva de bens jurídicos em as acepções humanitárias.

Dentro da tipicidade penal, os dois enfoques de cognição (objetivo e subjetivo) assumem importância crucial, diferenciando-se sobremaneira da abordagem vista até o momento. No aspecto objetivo,²⁵⁶ o tipo descreve a conduta, buscando sua evitação ou a punição na hipótese de realização de um resultado. Entende Welzel que não se proíbe o resultado em si mesmo, mas as ações que vislumbram tal acontecimento no decurso do nexu causal controlado teleologicamente. É impossível ser proibida a morte, mas sim a conduta de matar; da mesma forma, não há como se proibir simplesmente o resultado natural de inversão da posse, mas as formas humanas que possibilitam essa determinada ocorrência ilícita.

O aspecto subjetivo,²⁵⁷ agora construído na égide do dolo e da culpa, será capaz, ao seu turno, de outorgar sentido ao agir humano (finalidade vidente), possibilitando, inclusive, a justificação científica e teórica da tentativa subsumida ao comportamento incriminador através do juízo de tipicidade, ainda que inexistente a ocorrência naturalística do resultado material (desvalor da ação).

Vale, aqui, transcrever o conceito de tentativa proposto por Welzel:

Tentativa, é a concretização da decisão de realizar um crime ou delito, por meio de ações que constituem um começo de execução do delito (§ 43). O tipo objetivo não está plenamente cumprido na tentativa. Em compensação, o tipo subjetivo deve existir completamente e, por certo, na mesma forma como deve ser o delito consumado. Portanto, se basta para a consumação o *dolus eventualis*, então basta, também, para tentativa (RG., 68-341).²⁵⁸

Com Welzel, a atenção penal volta-se para a ação, constituindo o juízo de reprovação tanto no desvalor intencional e final desta, tantas vezes desprezado, como no desvalor de sua produção ou resultado. O tipo doloso, assim, realiza-se na desvalorização dada ao agir e ao produzir vislumbrados. O tipo culposo será determinado pela violação do dever de cuidado na eleição dos meios direcionados a um específico fim, mesmo que essa finalidade principal se apresente como irrelevante para a esfera do Direito Penal. Assume também a culpa a idéia de ação

²⁵⁶ WELZEL, 2003, p. 116-8.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 119-34.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 274.

final, pautada no elenco dos meios razoáveis para a consecução do resultado almejado, com a referida violação do dever de cuidado. Nesse particular, ministra Welzel:

A esse respeito é indiferente, para o sentido da ação final, que a consequência produzida voluntariamente represente, na estrutura total da ação, o fim desejado, o meio utilizado, ou mesmo um mero efeito concomitante, compreendido pela vontade de realização.²⁵⁹

Diante da construção desse modelo, Welzel consegue, a despeito das críticas sofridas, imaginar um plexo sistemático e, até certo ponto, coerente de limitação da importância da ação na perspectiva penal. O tipo subjetivo consegue ser contemplado pela previsibilidade do autor em face de seu comportamento, devendo atuar com dolo ou culpa²⁶⁰ para a sua configuração. Posteriormente, o juízo de culpabilidade transforma-se em puramente normativo (juízo de reprovação), centrado na consciência da ilicitude traçada por meio do relativismo de valores e na consciência profana do mundo da vida.

Para resolver a limitação do tipo objetivo e seu nexos causal de imputação, Welzel determina o conceito de adequação social, percebendo um caráter de historicidade nas postulações proibidas e, dessa forma, dando um primeiro passo para a definitiva introdução do Direito Penal nas relações sociais.

A teoria da adequação²⁶¹ exerce importante papel para as noções de imputação objetiva, mesmo que as ferramentas desta última já sejam muito mais complexas e desenvolvidas. A introdução da adequação como critério de interpretação típica realizou a incipiente aproximação da realidade com o sistema de Direito Penal. Iniciou a ultrapassagem da barreira então intransponível entre política criminal e dogmática jurídica.

²⁵⁹ WELZEL, 2001, p. 31.

²⁶⁰ Importante registrar que o conceito de culpa em Welzel assume um grau de importância quase exclusiva à ação, não residindo no resultado à tamanha importância que lhe era atribuída pelos casualistas.

²⁶¹ WELZEL, 2001, p. 92-5.

Nesse sentido, o pensamento de Welzel assume relativização axiológica e o rompimento com as construções valorativas idealistas típicas do neokantismo, as quais entendiam ser capazes de revalidar a desorganização do mundo (contingentes) por meio das categorias universais (eternas).

Contudo, a estruturação do ontologismo culmina em fechar o horizonte do pensamento finalista, significando um freio nos avanços de historicidade e introdução do fenômeno social no sistema dogmático. A tentativa de Welzel de evitar o normativismo explica-se na convivência totalitária da Escola de Kiel, mas, por outro lado, como em pontos distantes de uma grande curva de raio longo, o ontologismo acaba por se identificar com seu grande rival.

A miríade de vertentes e pré-noções, que orientaram as motivações da escola finalista, buscou o total rechaço das postulações da Escola de Kiel, no sentido da necessidade de desconstrução dos embasamentos desenvolvidos pelo aparato jurídico do nacional-socialismo derrotado na II Guerra Mundial. O pensamento de Kiel parte da premissa de que o homem não pode ser compreendido em sua individualidade, em virtude de ser tal concepção fruto de versão conservadora e liberal, devendo o Direito servir como mecanismo de defesa da organicidade social, estatuída pela raça como elemento unificador da nação. O homem é identificado como membro orgânico do povo, e o Estado, como forma nacional e preponderante de vida.²⁶²

Desta maneira, tudo aquilo que atentar contra esta forma de vida em coletividade deve estar sancionado pelo Direito, sendo a fonte do Direito não simplesmente a lei balizada por princípios como a legalidade, mas sim o espírito da nação, a sua consciência (sua mentalidade) do povo alemão. Alcança-se um Direito Penal completamente apto a punir expressões incapazes de qualquer lesão, questões intimistas, enfim; abstrai-se por completo a noção de bem jurídico e cria-se um Direito Penal do autor e, acima de tudo, arbitrário.

²⁶² HUNGRIA, 1958, p. 1.

Nesse contexto, as estruturas lógico-objetivas percebidas por Welzel assumem um sentido corrente, ao vincular o legislador e o aplicador do Direito ao mundo e suas “verdades eternas”, derivadas da própria essência ou natureza das coisas. O espaço para o discurso jurídico e a respectiva criatividade fica, até certo ponto, significativamente limitado. Se a legislação penal e conseqüentemente toda sua estrutura de legitimação e aplicabilidade estão vinculadas de forma imanente ao mundo prévio, à montagem dos objetos mundanos, retiram o caráter discricionário que o homem tem para modificar, alterar e interagir na natureza como espaço já estabelecido. O papel do jurista não está na criação, mas simplesmente no reconhecimento.

Sem a ação final em sua essência, o homem não possui opção ao construir a teoria do delito, haja vista que se torna completamente absurda a colocação do dolo e a da culpa na culpabilidade. O esquema da teoria do delito, para entender o mundo e lhe conferir praticidade, deve respeitar suas categorias prévias ou estruturas lógico-objetivas, sendo imprescindível que o tipo, ao se dirigir à ação, contenha os seus elementos formadores.

Esta modelagem do pensamento de Welzel foi uma clara resposta ao pensamento vigente à época, fundamentalmente à ideologia proposta pelo neokantismo, que simplesmente deduzia aleatoriamente valores universais, absolutos, e *a priori*.

O ontologismo, em outras palavras, ao buscar a essência das coisas na natureza, comanda aos cientistas induzi-las do plano real, e não deduzi-las do universo abstrato e imemorial. Em ambos os casos, todavia, as teorias fomentam a mesma conclusão, qual seja, por meio de um discurso puro de legitimação em bases entendidas como seguras – mundo dos valores ou estruturas lógico-objetivas – o universo de construção do Direito jamais conseguiu perder seu espaço notadamente ideológico e de exercício do poder.

O Direito, a rigor, não traz verdades em local algum, mas situa-se como foco de conflito das possibilidades de opções sociais. A evolução da conceituação do tipo

penal tem sua relevância exatamente nessa demonstração, como uma pequena ponta do *iceberg* que reflete, em última instância, o quadro estanque de um contexto de relações produtivas e de interações humanas.

Reside, neste ínterim, a tentativa de fuga, nos dizeres de Warat, do “senso comum dos juristas”, que certamente culmina nesses mesmos juristas, que “[...] acreditam no fato de que interpretar é encontrar a significação real das palavras da lei”.²⁶³ A construção de Welzel, ao verificar a culpa como violação de um dever de cuidado e, conseqüentemente, trazendo à luz a incipiente noção do risco, possibilitará as novas formulações funcionais que podem adaptar o Direito à nova modernidade social.

Welzel enfeixa uma tentativa filosófica de encontrar o critério interpretativo para as leis penais na natureza das coisas, almejando, assim, a superação do neokantismo. A natureza das coisas é o dever-ser projetado no *ser*, um valor que se manifesta na realidade; o “topos” onde se encontram o ser e o dever-ser; uma dimensão unitária; “[...] o lugar metódico da vinculação (correspondência) de realidade e valor”.²⁶⁴

3.2 Tipo e tipicidade frente à sociedade de risco

O Direito positivo, consoante a doutrina jurídica crítica, é um objeto histórico e apropriado à modernidade, significando, em sua essência, a conquista de um

²⁶³ WARAT; ROCHA, 1995, p. 28.

²⁶⁴ ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e Método da ciência do Direito Penal**. Traduzido por José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 88.

paradigma capaz de reproduzir um modelo social delimitado no espaço propiciando seu desenvolvimento.²⁶⁵

A norma jurídica de cunho positivo e imperativo reafirma, ao menos num primeiro momento, a certeza jurídica, a limitação do arbítrio, a configuração de certas categorias legais que, se, por um lado, criavam a estrutura adequada para o crescimento e vitalidade do modo de produção capitalista, por outro, outorgavam aos indivíduos certas defesas contra os desmandos dos superiores, sempre numa multifacetada interpretação dialética.

O Direito Penal, nessa medida, ao mesmo tempo em que garante os cidadãos dos “desvios do soberano”, também possibilita o desenvolvimento, através de seu método legal-racional de projetar comportamentos. Pode ser dito, aliás, que possibilita esse desenvolvimento exatamente porque limita o poder constituído, instaurando-se uma relação de causa e consequência. Bem verdade, contudo, que a leitura, muitas vezes, é feita de forma estática, como se a garantia valesse em si e por si mesma, abandonando-se a real força motriz do garantismo positivista da ilustração.

A evolução das ciências humanas, acompanhando o desenvolvimento social, tornou demasiado complexo o total e minucioso entendimento da expressão atualizada de ser o Direito positivo fruto da sociedade moderna. A evolução dos modelos teóricos sociológicos, bem como as inúmeras traduções da dogmática jurídica, criaram o problema da especificidade das definições, que resta por culminar ou no profundo e restrito espaço de aplicação de um termo, ou na mais ampla

²⁶⁵ O positivismo jurídico – ao basear-se em aspectos empíricos e despir-se do comprometimento com o justo – ganha *status* interessante num mundo desencantado, onde a eficiência e a produtividade substituem os vínculos subjetivos antes mediados pela tradição. No mundo moderno, de contatos anônimos e relações estritamente retificadas, a noção jus-naturalista acaba se convertendo em empecilho para o desenvolvimento e dinamismo estrutural. Nesse sentido, o posicionamento de Wolkmer ao criticamente analisar o positivismo. “A ideologia positivista se contrapõe a concepção metajurídica jusfilosófica na medida em que rejeita qualquer dimensão ‘a priori’. Descarta, assim, princípios e juízos valorativos em função de uma suposta neutralidade axiomática, de um rigoroso experimentalismo e, ao mesmo tempo, de um tecnicismo formalista. O Direito é explicado pela sua própria materialidade coercitiva e concreta [...] Não será inoportuno lembrar que o formalismo jurídico enquanto ideologia do positivismo posto é o fruto da sociedade burguesa já formada ou, pelo menos, da sociedade em que a burguesia já reforçou suficientemente as suas posições econômicas e políticas [...]” WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 161.

vulgaridade interpretativa. Desse modo, os termos expressos cientificamente tornam-se gradativamente mais inacessíveis para o conhecimento comum, alcançando altitude que os restringem ao universo especializado da academia na tentativa de explicar precisamente a realidade viva. Ganham quase que uma instrumentalidade da ciência e outra da prática.

Apenas para utilizar um exemplo tradicional, mas de grande relevância para as ciências humanas, principalmente a partir do século XIX, cita-se a expressão "ideologia",²⁶⁶ da qual são extraídos inúmeros significados e implicações, consistindo o termo em verdadeira polissemia. A utilização de ideologia no cotidiano acaba impingindo à palavra a acepção de conjunto de idéias, mas seu sentido em muito é alterado quando se direciona obrigatoriamente à filosofia grega, ao pensamento de Hegel ou à idéia de Marx sobre o conteúdo do vocábulo.²⁶⁷

O exemplo serve para ilustrar um paradoxo na leitura do desenvolvimento na pós-modernidade, visto sua dificuldade crescente em razão do acumulado produzido na seara das ciências humanas. Um determinado estudo, por qualquer que seja, pressupõe um conjunto teórico já previamente concebido, criando obstáculos infindáveis para avanços científicos do conhecimento nas áreas de humanidades. Cada conceito ou construção acaba por dialogar com um plexo de reflexões já sedimentadas, tornando penoso o trabalho com significações precisas. Não é possível mais prescindir de escolhas metodológicas claras, sob pena de se tomar uma idéia por outra e assim turvar as conclusões obtidas.

²⁶⁶ Uma importante problematização da estrutura conceitual da Ideologia é oportunizada por Leonel Severo Rocha: "A reformulação das relações de poder engendra também uma transformação da Ideologia – discurso que como já assinalei, procura impedir a tematização dos fundamentos do poder -, que passa a ser um discurso 'positivo', delemítador francamente dos lugares dos atores sociais. A ideologia não é mais simplesmente um discurso que inverte o social – como diria Marx-, é um discurso que co-constitui o social. Nesse sentido, a participação social nas decisões políticas não é nunca obtida integralmente pelas classes populares, ela é filtrada pela ideologia. Isto não significa que a ideologia iluda o social, pelo contrário, a ideologia ao manifestar-se concretamente coloca os atores sociais frente a um jogo (preestabelecido) onde são obrigados a participar. Isto é possível porque 'a legitimidade não está ali, mas no próprio processo que vai do ponto inicial do procedimento de tomada de decisão até a própria decisão tomada. É, assim, o procedimento mesmo que confere legitimidade e não uma de suas partes componentes" (ROCHA, Leonel Severo; PEPE, Albano M. Bastos. **Genealogia da Crítica Jurídica**: de Bachelard a Foucault. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 193-4).

²⁶⁷ Nesse sentido, é a obra de CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Brasiliense, 2001.

A realização científica não consegue mais rechaçar opções metodológicas – em verdade eleitas como mais adequadas à finalidade do especulador – de sorte a proferir determinado enfoque à pesquisa e, assim, caracterizá-la como pertencente a este ou aquele ramo do saber. O material que se estuda em visões diferentes é, tantas vezes, exatamente o mesmo, porém as indagações e pontos de partida sob os quais recaem os olhos do analista são os reais elementos caracterizadores. De outra forma e em diversas palavras, o enfoque caracteriza a denominação na época da interdisciplinaridade.

Luhmann, quando analisa a dificuldade ou critério para identificação do ramo científico no momento contemporâneo, tendo em vista os diversos sistemas e suas articulações na modernidade, afirma:

Tão só a diferenciação entre diversos sistemas de referência (o que, naturalmente, é facilitada pela existência de organismos humanos) estabelece a separação de personalidades e sistemas sociais enquanto estruturas distintas de assimilação da experiência, permitindo também o destaque da psicologia e da sociologia – mas o 'material' que constitui esses sistemas são os mesmos. Tão só a indagação quanto a função de determinadas experiências ou ações com respeito à personalidade (ou a uma determinada personalidade individual) caracteriza uma pesquisa como psicológica, ou seja, a partir da sua indagação e de determinadas premissas estruturais. Na caso contrário, classifica-se a experiência e ação no campo da sociologia quando tematizadas no contexto funcional e estrutural dos sistemas sociais.²⁶⁸

Particularmente, no subsistema parcial do Direito Penal, toda elaboração científica da segunda metade do século XX em diante percebe gradativamente a necessidade de constante interação com as estruturas sociais. Os elementos da teoria do delito nada significam de forma hermética, devendo sua manutenção à criação de pilares capazes de propiciar uma abertura ao substrato social disposto a lhes outorgar significado para resolução dos conflitos. A normatização da relação de

²⁶⁸ LUHMANN, 1983, p. 43-4.

tipicidade, com a inserção do “risco proibido ou risco não permitido”²⁶⁹ como aspecto constitutivo, nada mais é do que o resultado da definitiva e irreversível introdução da realidade na dogmática jurídica, que não mais se sustenta em si mesma. O funcionalismo normativista aponta essa nova característica para o Direito Penal, refutando e combatendo as teses defensivas do sistema puro e fechado:

La idea de riesgo va – como se sabe – mas allá de la dogmática penal e toca problemas fundamentales de la sociedad moderna e su control. Su elaboración dogmática posibilita y exige la inclusión de planteamientos político-criminales y empíricos, y condece a la dogmática, encerrada por las viejas concepciones sistematicas en su estructura conceptual, hacia una apertura a la realidad.²⁷⁰

O caminho da pesquisa jurídica tampouco possui o privilégio de desvencilhar-se de outros ramos do saber, sob pena de perder a majestade do Direito e alcançar somente um cunho puramente metalingüístico das construções normativas sem qualquer comprometimento ou vínculo de entendimento do real (estruturas e relações sociais).

Esse esvaziamento de introdução dos elementos essenciais do delito, na realidade, não é privilégio da ciência jurídica brasileira, sendo um reflexo universal do ensino jurídico de acordo com o extraído da reflexão de Jakobs.

[...] os estudantes não têm a expectativa de serem esclarecidos sobre a natureza do Leviatã, mas sobre qual é a forma mais habilidosa de lidar com ele, não esperam ciência, mas técnica, conhecimentos sobre o funcionamento das coisas [...] A baliza externa desse caminho, desde a

²⁶⁹ Sobre risco não-permitido, sustenta André Luís Callegari: “O Segundo nível em que se trata a questão da imputação objetiva é o da exigência de que o risco (não permitido) criado pela ação seja o que se realiza no resultado. Portanto, formam um segundo ponto essencial da discussão, característico da teoria atual da imputação, as questões em torno da realização do risco desaprovado. Para a imputação de resultados típicos não basta, segundo a teoria da imputação, que alguém tenha provocado os resultados típicos de modo causal e que tenha criado, mediante sua conduta, um risco desaprovado de produção de tais resultados. É necessário ainda, que estes resultados se configurem como a realização de um risco desaprovado pelo autor” (CALLEGARI, André Luís. **Imputação objetiva – lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33).

²⁷⁰ ROXIN, Claus. **Dogmática penal y política criminal**. Traducción por Manuela Abanto Vasquez. Lima: Idemsa, 1998. p. 27-8.

formação cultural até a formação profissional, é o fenômeno da escolarização do ensino universitário [...] ²⁷¹

Fundamental inserir o Direito ou a norma em seu mundo de existência, seja no seu contato e compatibilidade com a situações ou objetividade histórica da sociedade de risco atual, seja em seu relacionamento com as demais estruturas legais do subsistema jurídico que a limitam e imprimem significados. Ambas as inserções, em última análise, sintetizarão o ferramental teórico capaz de outorgar conteúdo aos vocábulos elevados à condição de normas, constituindo tanto o horizonte normativo do Direito, quanto as próprias razões da opção legislativa de criminalização desta e daquela conduta humana (princípio da seletividade). ²⁷²

O Direito Penal se faz como seletivo fenômeno jurídico relacionado com as estruturas sociais, sendo derivado destas. Não é o Direito que estabelece as relações sociais em sua forma mais essencial, mas o contrário; são as compreensões de arquétipos sociais determinados que formulam e ofertam consistência ao Direito. A dificuldade reside exatamente na autonomia que a produção jurídica parece assumir em face das formas sociais que a condicionam, reportando-se a estas como se por si só existisse. ²⁷³

²⁷¹ JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Traduzido por Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 2-4.

²⁷² REALE JÚNIOR, Miguel. **Razão e subjetividade no direito penal**. "Deve-se considerar a pré-compreensão no instante da elaboração das normas, o contexto social e a memória presentes como integrantes do 'horizonte hermeneutico' (GADAMER), como parte do círculo dentro do qual se elabora a norma para obtenção de determinado fim. Como bem assegura ZACCARIA, tanto o jurista intérprete ao aplicar o direito, como o político ao formular a norma não podem 'não se inspirar nos quadros de referência pré-dogmáticos e em infra-estruturas valorativas presentes na sociedade, compreendendo-se que ao elaborar e também ao interpretar a norma se está inserido em uma tradição, em um círculo armado pela memória e pela experiência social do agente legislador e interprete" (REALE JUNIOR, Miguel. **Razão e subjetividade no direito penal**. São Paulo: Ciências Penais, 2004. 1v).

²⁷³ Retira-se a forma metodológica da frase celebrada por Marx, ao dizer que "[...] não é a consciência que determina a vida, mas sim a vida que determina a consciência" (MARX, Karl; ENGELS, Friederich. **A ideologia alemã**. Traduzido por Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 20). Utilizando-se precisamente desta passagem marxiana, Alves afirma: "A consciência é formada como função das relações sociais, mas também recai ou se dobra sobre essas relações para moldá-las dentro de certos parâmetros. A consciência, nesse processo, ganha uma relativa autonomia em relação de suas próprias condições determinantes" (ALVES, Alaôr Caffé; et. al. **Direito, sociedade e economia: leituras marxistas**. São Paulo: Manole, 2005. p. 40).

Porque, apenas a leitura dinâmica pode romper a ideologia do Direito, apresentando essa relação dialética. Ao mesmo tempo em que a sociedade produz o Direito, esta se transforma em certo sentido. Todavia, não se pode aceitar qualquer compreensão do mundo jurídico que o afaste das relações produtivas como condicionantes, o que enseja afirmar a imbricação entre subsistema Direito e o subsistema Política por um lado, e das normas como discursos imperativos de um contexto especificado, de outro lado.

O foco centra-se (I) na norma como processo político de formação; (II) sua eficiência na busca do escopo assumido e inerente ao procedimento de legislação;²⁷⁴ (III) na forma como tal elemento jurídico é capaz de introjetar-se na tessitura social. Pode-se perceber, assim, a complexa e reflexiva interação e cotejo entre (I) tipo penal, (II) a verificação da tipicidade das condutas realizadas no corpo social e (III) este mesmo organismo social, respectivamente. Para o diagnóstico, duas grandes construções são basilares, quais sejam, a sociedade atual de risco e o Direito Penal, suas opções, seus valores e, fundamentalmente, sua finalidade adstrita ao tipo penal como categoria essencial da teoria do delito e como redutor de complexidade social

Para que a norma penal possa incidir na sociedade, como fruto dessas mesmas relações sociais que lhe são condicionantes – impondo controle ou criando expectativas não-frustradas de comportamento –, é preciso que o tipo penal esteja adequado aos padrões sociais com os quais pretende convergir. Se determinados comportamentos devem ser evitados e se sua evitação se tutela pelo Direito Penal (logo, por meio do tipo penal incriminador), resta saber se os moldes típicos trazidos pela ciência penal estão aptos ao controle. É inafastável como premissa a admissão do desencaixe entre a tipicidade penal clássica, seguida pela doutrina brasileira, e

²⁷⁴ A Exposição de Motivos de alguns diplomas legislativos mostram como o legislador vislumbra finalidades com a edição de um novo diploma. Por exemplo: "A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, a constância da medida repressiva como resposta básica ao crime, e rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime, ainda os mesmos concebidos na primeira metade do século" (item n. 5 – Lei n. 7.209/84 – Exposição de Motivos do Código Penal). Interessante notar, ademais, que a lei não deriva da simples vontade do legislador; ao contrário, ela está condicionada a diversos aspectos situacionais, tais como: a configuração social, as forças políticas e econômicas, a mídia, setores da sociedade civil etc.

os fenômenos da sociedade pós-moderna (de risco) – bastante diferenciados daqueles verificados quando da construção da dogmática penal tradicional.

Com esse parâmetro de comparação, de nada se faz explicativa a visão do Direito Penal como valoração ética (à qual não se nega a existência), mas sim das normas penais como reais prescrições destinadas ao controle eficiente. A relação Direito e Política – admitida no sentido prático da produção de entendimentos discursivos²⁷⁵ – deve ser capaz de criar uma forma de prescrição que, mesmo que não alcance a justiça material (in)compatível com o sistema produtivo, evite o simbolismo que hoje se assemelha à verdadeira peça teatral.

A aproximação da sociedade de risco se dá por meio do tipo penal, ajustando sua compatibilidade com a teoria do delito apta à tutela através da normatização de seus elementos no sistema aberto.²⁷⁶ A virtude da norma penal está, em que pesem todas as devidas considerações de seu conteúdo necessariamente acordado com o Estado Democrático de Direito, em seu imperativo, dirigida ao cidadão.²⁷⁷ Evidente que a existência do imperativo reflete uma desvalorização prévia da conduta como desinteressante ao corpo social, mas a norma perfaz-se jurídica com a criação da expectativa normativa persistente na comunidade.

Na sociedade pós-moderna, é impossível a vinculação irrestrita e fechada a um único e exclusivo método essencialmente jurídico, pois esse procedimento acentuaria o risco de fechamento das portas para uma visão ampla das correlações entre as escolhas do Direito Penal e sua ineficiência. A análise contemporânea da realidade obriga a necessária utilização de uma miríade de conceitos, convergindo

²⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Traduzido por Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 191.

²⁷⁶ O sistema penal aberto torna-se o único efetivamente passível da realização na sociedade de risco, tendo em vista sua exclusiva permissividade aos aspectos sociais reais, possibilitando ao jurista o confronto do material teórico com os novos problemas constantemente colocados defronte de exigências resolutivas. Nesse sentido, "[...] o sistema aberto de Direito Penal tem um caráter crítico e evolutivo, caracterizando-se pela segurança jurídica, racionalidade e coêrência de seus elementos. Estes, entretanto, não são rígidos e estanques, que, sob o prisma valorativo, devam perdurar indefinidamente, mas, do contrário, são acessíveis a integração de novas soluções, quando os problemas a serem resolvidos apresentarem pontos de conflito, ainda não resolvidos" (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas**: dogmática jurídica penal e política criminal. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 28).

²⁷⁷ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Montevideo: Editorial IB de F., 2002. p. 45.

para a melhor aproximação em perspectivas diversas. Buscar dedutivamente os princípios que supostamente direcionam o Direito Penal na atualidade não deve significar o rechaço à indução ponderada de necessidades sociais através da observação seja dos sistemas, dos fatos sociais, das necessidades humanas ou dos índices de criminalidade e suas razões.²⁷⁸

A metodologia do sistema encerrado em si já se mostrou insuficiente, assim como as construções típicas daí deduzidas. Não pela falha dos modelos teóricos e abstratamente, mas pelas suas deficiências na correlação com os parâmetros sociais e suas dinâmicas hoje estabelecidas. Não mais convém se afirmar que "a lei penal é um sistema fechado", conforme frisava Hungria há cinqüenta anos.²⁷⁹

No seio desse relacionamento turbulento e complicado entre sociedade de risco e Direito Penal, o tipo – postulado como objeto do corte epistemológico, sua estruturação e seu papel delimitador das globais possibilidades de comportamento social – mostra-se um centro de interesse de estudo para o jurista. Ainda mais quando se acrescenta ao tipo penal não somente sua percepção estanque, positivada, mas a real função na criação de expectativas de comportamentos e sua conseqüente eficiência na manutenção de determinada ordem circunscrita no tempo e no espaço.

A sociedade atual deposita no Direito, quase que exclusivamente, o tratamento das expectativas comportamentais capazes de atingir a tranqüilidade

²⁷⁸ ARAGÃO, Lúcia. **Habermas**: filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 19. "Sintomática da modernidade, a análise que a autora faz do método e conseqüente dificuldade de estabelecimento da linha de pensamento do filósofo Jurgen Habermas. Pleno adepto do diálogo democrático e, portanto, influenciado pelos 'melhores argumentos de diferentes correntes de pensamento, Habermas, criado num ambiente destinado ao estudo do pensamento marxiano, acabou por transcendê-lo, tendo inclusive a não-ortodoxia acadêmica como condição básica para a validação de sua construção teórica do agir comunicativo. Começaremos pelas implicações que sua postura permite deduzir em relação ao modo de atual do intelectual ou do cientista em sua comunidade. E nos parece exemplar a abertura que mantém em relação a todos as correntes de pensamento que possam contribuir para uma compreensão mais aperfeiçoada da natureza, da sociedade e do próprio homem. Isto exige que se mantenha sempre atualizado com os diversos campos do saber que abrangem as questões humano-sociais, além de executar um diálogo constante com as diversas correntes filosóficas. Mas, poderíamos inquirir, qual o seu 'modus operandi' com as teorias que se defronta? Se tivéssemos que resumir sua posição em uma frase, diríamos, 'ser razoável'; o que se traduz por, em meio a tantas filosóficas, epistemológicas, sociológicas ou político-ideológicas, fazê-las dialogar entre si, permitindo que cada uma apresente a sua contribuição".

²⁷⁹ HUNGRIA, 1958, p. 13.

sistêmica (uma vez que facilita a orientação social) necessária ao desenvolvimento do modo produtivo (diminuição das zonas indiferentes ao Direito).

Porquanto, o Direito Penal serve como instrumento de promoção da segurança, no sentido de que o cidadão pode acreditar que não será atingido por certos atos capazes de afrontar seu círculo de organização. A sanção,²⁸⁰ que pode ser tratada como aplicação da norma prescritiva, faz com que a expectativa não seja abalada pelo ato de transgressão, uma vez que o Estado, diante da conduta delitiva, prontamente reafirmou a vigência da norma (ou a manutenção da expectativa).²⁸¹ Essas expectativas, contudo, são realizadas pela redação típica e escolhidas dentre aquelas mais interessantes para o subsistema jurídico.

Sempre é, por meio do tipo penal, pelo menos na vigência do princípio da legalidade, que se divulga o comportamento proibido criminalmente (que não se deseja ver realizado). Logo, independentemente de seu caráter divulgador do não-permitido, ou seu aspecto de garantia do cidadão em face da força repressora estatal (numa visão garantista),²⁸² o tipo também reflete, mediante análises mais contextualizadas, a escolha de determinado poder em dadas situações. Poder este que abre a premissa assumida de lidar com a criminalização de modo político, mesmo que esse fenômeno não implique necessariamente exercícios arbitrários e desmedidos do comando para os padrões estabelecidos pela maturidade hodierna das liberdades humanas.

O subsistema parcial do Direito Penal na sociedade de risco, que quebrou qualquer possibilidade de visão mágica do mundo tradicional, deve ser capaz de ordenar os comportamentos, prever, gerir com precisão as massas atomizadas. A dominação legal-racional feita através da burocracia na democracia de massas, conforme apontado por Weber, estende-se ao Direito Penal previsível, técnico, único

²⁸⁰ A sanção (pena), sistemicamente, possui a finalidade de manter a vigência da norma como modelo de contrato social.

²⁸¹ "Una regolazione delle delusioni diviene tanto più importante quanto più cresce la complessità dei sistemi e della loro comprensioni dell'ambiente, cioè quanto più aumenta il numero delle alternative che possono essere percepite nell'ambiente o attivate nel sistema" (LUHMANN, Niklas. **Procedimenli giuridid e legilimazione sociale**. Milano: Giuffré, 1995. p. 240).

²⁸² Sobre o garantismo penal ver: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. Traduzido por Ana Paula Zomer e Outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

capaz de funcionalidade na lógica do mercado competitivo e da soberania da economia.

Recai-se, portanto, numa visão genericamente instrumental (utilitária) do Direito Penal na tipificação, podendo tal ramo jurídico servir para a contenção dos crimes em lógicas tanto religiosas ou democráticas²⁸³ e, dentro destas, em democracias de sociedades estruturadas ou desestruturadas e de baixa ou alta complexidade. Através do tipo – estipulado em seu conteúdo como as opções expostas e seletivas para a realidade criminal –, permite-se diagnosticar o estado do próprio Direito Penal em sua relação de derivação do poder.

A propósito, Luhmann define a complexidade como as situações em que existem, no organismo social, sempre "mais possibilidades do que se pode realizar". Dessa forma, o Direito assume um posicionamento, próprio do mundo contemporâneo, de criar expectativas positivas e desejadas pelo corpo social, ao menos no limite onde possam ser identificadas estruturas cognitivas e normativas dessas mesmas expectativas.²⁸⁴

A criação de expectativas de comportamentos por meio do subsistema parcial do Direito Penal, porém, é mais delicada do que nos demais espectros jurídicos. Tratando-se da *ultima ratio* de intervenção, pode-se afirmar que ao Direito Penal permanecem reservadas aquelas verificações menos interessantes para o sistema e, ao mesmo tempo, capazes de maior abalo na sua confiabilidade quando realizadas. Por conseguinte, o descumprimento constante da ordem penal (desilusões) encontra incompatível ressonância no corpo social. A crise de

²⁸³ O referido no texto tem como finalidade apontar que o sistema penal visto como utilitário permite a perda da noção de imparcialidade, de tratamento igualitário. As simples escolhas dos comportamentos tipificados já apontam opções determinadas e acobertadas pela generalização ideológica da igualdade. "No que se refere ao direito penal abstrato (isto é, a criminalização primária), isto tem a ver com os conteúdos, mas também com os 'não-conteúdos'. O sistema de valores que nele se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados" (BARATTA, 2002, p. 176).

²⁸⁴ LUHMANN, 1983, p. 45. Isso também ocorre através da diferenciação entre estruturas normativas e cognitivas de expectativas, dependendo se no caso de desapontamento está prevista sua assimilação ou não. Expectativas normativas são mantidas apesar da não satisfação. Daí seus problemas e suas condições estarem vinculados ao ajustamento de desapontamentos, que assegura a estabilidade no tempo, no sentido de estabelecer a continuidade de expectativa.

legitimidade do subsistema penal é a mais grave da esfera jurídica, pois, de modo drástico, o cidadão não acredita mais sequer que o Estado possa garantir sua incolumidade física. Na sociedade de risco, o desencaixe das estruturas sociais com o tipo (como elemento essencial do delito) gera a frustração da resposta estatal consistente na negação do comportamento desviado (revalidação da norma). A forma clássica de interpretação do tipo impede a tipicidade da conduta hoje em dia indesejada e, assim, evidencia a crise dogmática.

De fato, em última análise, as forças transformadoras dos padrões sociais são movimentadas pela própria atuação dos homens, em conjunto. A cada transformação que o homem realiza na natureza, este mesmo homem altera a si mesmo e modifica suas relações com os demais. O desenvolvimento das forças produtivas enseja novas relações de produção, criando riscos até então inexistentes e, concomitantemente, germinando novas necessidades de tutela para o Direito Penal, como acontece com a tipificação de crimes ambientais previstos na Lei n. 9.650/98. Essas tutelas modificadas, por sua vez, tornam ultrapassados os modelos antigos de imputação em que somente o homem pode cometer crime,²⁸⁵ mostrando, ao mesmo tempo, um Direito Penal obsoleto como produto inegavelmente histórico.

Não se pode pensar, partindo dessa premissa, que o homem adquira valores imemoriais e, mais do que isso, que a esse mesmo homem possam ser vinculadas características indelévels. O perfil trilhado pela sociologia moderna, com influências norte-americanas de pensamento ligadas à economia, pressupõe a existência de mecanismos ou poderes inerentes aos seres humanos ou, diante de um salto epistemológico, superiores a sua própria existência. A concorrência, por exemplo, ou os frutos do individualismo metodológico, trabalham com condições elementares capazes de se vincular ao homem de modo universal, construindo amarras

²⁸⁵ Defendendo esse entendimento, assevera Liszt: Segundo a intuição moderna, o crime só pode ser cometido pelo homem. [...] O corpo coletivo não pode ser responsabilizado, mas somente os indivíduos que funcionam como seus representantes (LISZT, 2003, p. 213).

valorativas absolutas e justificadoras do atual grau de existência (*Law and Economics*).²⁸⁶

Em vez de historicizar, prefere imortalizar como garantia de permanência. A razão da escolha vislumbrada nas ciências econômicas, levada ao limite quando de sua extensão ao Direito Penal, impede a própria visão dinâmica do homem, fruto da objetividade social do seu tempo e, portanto, vinculado ao universo pelo próprio modo de pensar. A racionalidade instrumental da modernidade, fruto do desencantamento do mundo postulado por Weber, não deixa de incutir nos seres humanos a idéia de abstração e universalização de certas premissas, a rigor, momentâneas, circunstanciais, ocasionadas pelas relações elementares de produção. A profissão de fé que se faz sobre a racionalidade ocidental se transmuta de objeto em adoração, significando a perfeita imersão na ideologia.

As formas sociais e, em decorrência, as categoriais penais restam aparentemente imodificáveis. Tal noção se expande para toda a ciência jurídico-penal. Passa a ser impossível a constatação de novos padrões válidos de criminalização, pois existe o bem jurídico *a priori*, a antijuridicidade *a priori*, a culpabilidade *a priori* e a tipicidade *a priori* (modelo Liszt/Beling). Todos os elementos da teoria do delito são concebidos como verdadeiras deduções do mundo platônico das idéias, aplicadas normalmente ao homem constante desse mesmo mundo, ou seja, o homem médio. Essas fórmulas derivam expressamente das criações neokantianas, que enxergam as normas como fenômenos contingentes, porém sempre com a necessidade lógica de correlação com categoriais universais e puramente racionais.

²⁸⁶ Por outro lado, é inquestionável o papel que a economia assumiu no mundo moderno (sociedade de risco- sociedade reflexiva - segunda modernidade). BECK, através do conceito de "globalismo", traz a relação da dinâmica econômica com os demais setores sociais. "[...] o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política, trata-se portanto da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo. O procedimento é monocausal, restrito ao aspecto econômico e reduz a pluridimensionalidade da globalização a uma única dimensão – a econômica – que, por sua vez, ainda é pensada de forma linear e deixa todas as outras dimensões – relativas à ecologia, à cultura, à política e à sociedade civil – sob o domínio subordinador do mercado mundial... A essência do globalismo consiste muito mais no fato de que aqui se liquida uma distinção fundamental em relação à primeira modernidade: a distinção entre economia e política" (BECK, Ulrich. **O que é globalização?**: equívocos do globalismo, respostas à globalização. Traduzido por André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 27-28).

Como já se frisou anteriormente, a matriz que se adota no presente trabalho é o sistemismo luhmanniano, que permite relacionar, de modo dinâmico (sistema aberto), o tipo penal (sujeito a irritações) e a sociedade de risco (complexa). Pode-se, destarte e como exemplo, utilizar, sem propedêuticas maiores, o conceito de ideologia²⁸⁷ como falsa consciência, disposto a demarcar a alienação decorrente do momento em que o indivíduo não mais se relaciona com o mundo e suas próprias obras, não se identificando como verdadeiro sujeito da história, mas simplesmente como receptor passivo de categorias elementares prontas e predispostas. As relações entre os homens mediadas pelas forças produtivas culminam na abstração das realizações e papéis, desgarrando os seres de seus trabalhos e, conseqüentemente, dando a impressão de que as coisas da vida (dentre elas as formas jurídicas e suas expressões dogmáticas) são independentes, existem *per si*, retificando, desse modo, a própria consciência.²⁸⁸

O pensamento da sociologia positivista de Durkheim, no tocante a sua afirmação de que os fatos sociais são modos de agir e pensar, que se impõem às mentes dos indivíduos e possuem objetividade e ascendência sobre os mesmos, existindo fora das consciências individuais e apontando para um verdadeiro "estado da alma coletiva",²⁸⁹ cria um complicador na assunção da premissa de separação

²⁸⁷ Leonel Severo Rocha, advertindo acerca de uma outra leitura possível da ideologia - a partir de Foucault - , afirma: "[...] se entende facilmente porque, para Foucault, a noção de repressão (como a de ideologia, é descartada, por considerá-la sempre em posição secundária com relação a alguma coisa que deve funcionar, para ela, como infra-estrutura ou determinação econômica, material)". É totalmente inadequada para dar conta do que existe, justamente de produtor de poder. Para Foucault, quando se definem os efeitos de poder pela repressão, tem-se uma concepção puramente jurídica deste mesmo poder; identifica-se o poder a uma lei que diz não (ROCHA; PEPE, 2007, p. 210).

²⁸⁸ CHAUI, 2001, p. 42, também imprime ao conceito de alienação sua formulação outorgada pelo materialismo histórico, admitindo o processo alienante quando "[...] a interiorização não ocorre, isto é, quando o sujeito não se reconhece como produtor das obras e sujeito da história, mas toma as obras e a história como forças estranhas, exteriores, alheias a ele e que o dominam e o perseguem, temos o que Hegel designa como alienação [...] é a impossibilidade de o sujeito histórico identificar-se com sua obra, tornando-a como um poder separado dele, ameaçador e estranho, outro que não ele mesmo [...]".

²⁸⁹ DURKHEIM, 1999, p. 1-14. "Eis aí, portanto, maneiras de agir, de pensar e de sentir que apresentam essa notável propriedade de existirem fora das consciências individuais. Esses tipos de conduta ou de pensamento não apenas são exteriores ao indivíduo como também são dotados de uma força imperativa e coercitiva em virtude da qual se impõe a ele, quer ele queira, quer não. [...] Mas, dirão, um fenômeno só pode ser coletivo se for comum a todos os membros da sociedade ou, pelo menos, à maior parte deles, portanto, se for geral. Certamente, mas, se ele é geral, é porque é coletivo, o que é bem diferente de ser coletivo por ser geral. Esse fenômeno é um estado do grupo, que se repete nos indivíduos porque se impõe a eles. Ele está em cada parte porque está no todo, o que é diferente de estar no todo por estar em cada parte".

entre pensamento e ação. Tal resultado é derivado de um modo de pensar a ciência que a compreende apenas na cisão completa entre observador e objeto.

A forma como Durkheim trabalha o “fato social”, reproduzindo-o menos como um produto da vontade e ação, mas como algo dado pela existência coletiva, acaba por conduzir ao resultado de que o tipo penal não é o que deve ser na idéia do jurista, mas sim como se apresenta em suas características na positividade das leis (impassível de críticas). Em última instância, a adoção dessa perspectiva sociológica imprime ao jurista um papel de criador doutrinário, pautado somente na metalinguagem da letra abstrata da lei, com sua aplicação restrita ao prévio almanaque de jurisprudência. Parte também desse enfoque a visão hermética do Direito que exclui de sua ciência qualquer conteúdo não-jurídico, conforme preleciona o positivismo de Hans Kelsen.²⁹⁰ Aquilo que não for verificável pela demonstração analítica, na opinião desses autores, apenas é passível de especulações não científicas, alcançando o bojo do completo relativismo.²⁹¹²⁹²

De acordo com o analisado, não se deve permitir, de forma acrítica, a utilização de categorias que visem à universalização da idéia para uma gama indiferenciada de fenômenos jurídicos construídos em diferentes cenários. A inferência é pautada tendo a ciência do papel humano de criação do Direito, haja vista as diversas reflexões que as instâncias de poder fazem da realidade social e, conseqüentemente, direcionam o aparato estatal da força.

O sistemismo luhmanniano oferece um interessante substrato conceitual para a crítica e reflexão da tipicidade penal e suas opções, principalmente quando

²⁹⁰ Quando a si própria se designa como “pura” a teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2000, p. 1.)

²⁹¹ KELSEN, Hans. **O que é justiça**. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

²⁹² A superação da noção positivista, que restringia o universo da racionalidade, hoje já é refutada em absoluto na área da lingüística, altamente desenvolvida depois do surgimento da nova retórica de Perelman e a possibilidade de se verificar racionalidade no discurso argumentativo, recuperando, inclusive, o gênero discursivo denominado epidictico (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Copertino. São Paulo: Landy, 2002). (SUDA ITI, Ariani Bueno. **Raciocínio jurídico e nova retórica**. São Paulo: Quartier Latin, 2003).

consideradas na perspectiva de objetivação de determinada finalidade advinda do poder. O Direito Penal não se faz somente como ideologia (embora desta não prescindida), pois não se reduz ao mundo intangível, já que impõe comportamentos e constrange violentamente os seus interlocutores.

Da construção do Direito Penal e da fundamentação do discurso normativo por meio da descrição jurídica, emanam formas de controle e justificação das decisões tomadas quando da efetivação das normas. Nesse enfoque, é possível apontar os institutos jurídico-penais relacionados ao tipo numa aproximação diversa da tradicional construção imperativa categórica de bens jurídicos ou do neokantismo de pretensa fundamentação do sistema lógico-formal, já apresentadas. Antes de tudo, porém, convém ainda elucidar algumas conceituações típicas da dogmática atual que remontam à idéia mais difundida.

3.3 Tipo penal e suas variantes na doutrina tradicional

A doutrina tradicional constrói as caracterizações do tipo penal sempre considerando os valores erguidos à condição de corolários orientadores do sistema. Grande parte do estudo da atual dogmática penal brasileira aponta para a compreensão e crítica dos modelos penais incriminadores através dos postulados clássicos bastante difundidos. A própria historicidade do tipo e sua conseqüente evolução sempre verificaram a incidência dessas mesmas premissas, ressaltando a valoração iluminista que deve recair sobre o Direito Penal, como molde convencional e ideal de formatação.

Desse modo, a peculiaridade da tipicidade penal, vista na ótica consagrada, deve significar o respaldo que a norma penal incriminadora encontra nos princípios gerais do sistema criminal, que se apresentam, inclusive, na nucleação constitucional e infraconstitucional (artigo 5º, II e XXXIX da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal). Resolve-se a legitimação do tipo por meio dos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e taxatividade, de sorte a se obter o produto desejado, qual seja, a certeza jurídica. Podem os indivíduos, diante desses

preceitos, traçar a fronteira precisa entre os comportamentos relevantes e irrelevantes na seara da *ultima ratio*.

Tendo em vista a concepção universalista das valorações trazidas como princípios e sob os quais se submetem os juízos acadêmicos acerca da legitimidade de determinado tipo penal incriminador, a doutrina, tantas vezes, aparenta conceber o efêmero como eterno. Desse modo, a concepção da tipicidade sempre é vista "em si mesma", circunscrita aos seus próprios derivativos legais ou axiológicos. Não se consegue uma análise da tipicidade que ultrapasse as barreiras de elementos deduzidos ou inferidos do universo puro da axiologia. Ao máximo, alcança-se a visão da teoria do delito, mas jamais a estrutura da sociedade que outorga sentido, expresso ou oculto, para a determinação de um comportamento. Volta-se, uma vez mais, à inversão das causas e conseqüências. Não é o tipo (e seus valores) que determina a sociedade. Ocorre exatamente o contrário. Os valores, assim como os comportamentos tipificados, não existem a não ser como opções sociais,²⁹³ ou seja, determinações de parcelas de poder dessa mesma sociedade, através de formas especificadas.

A teoria dos sistemas proposta por Luhmann estabelece o vínculo entre as relações sociais e o tipo penal. Permite sua compreensão no bojo das condições objetivas dos homens mediados pelos meios de produção e retira o enfoque exclusivo do valor jurídico em abstrato, construído na consciência coletiva social. O tipo penal passa a ser visto como comunicação, tanto em suas construções normativas pontuais, como em sua perspectiva dogmática como elemento essencial do delito. Os modelos incriminadores identificam-se com seus autores, espelham vontades, desejos, intolerâncias (suportabilidade) quanto a determinados comportamentos.

O Direito encerra um objeto sempre modificável capaz de espelhar seu momento histórico por dentro o complexo quadro normativo. A análise de uma

²⁹³ Concorda-se aqui com a postulação do Autor ao afirmar que "[...] o direito, os seus conceitos, os juristas e os destinatários do direito inserem-se em uma situação cultural variável, segundo os fins últimos e valores que a informam. Ao construir-se o direito, escolhem-se fontes e métodos cujas razões se aprofundam na situação cultural presente, como reflexos de opções culturais fundamentais" (REALE JÚNIOR, 1998, p. 17).

legislação penal, mais do que apontar a eventual respeitabilidade a certos valores, tangencia a capacidade de compreender as necessidades de um momento. A adoção da pena de morte no Brasil no Código de 1830²⁹⁴ – quando já se apresentavam fortes resistências à medida por grande parte dos congressistas – mais do que representar um desvalor à vida humana, alcança a compreensão da necessidade vivida à época, por parte dos defensores do poder, em manter a ordem do meio de produção escravocrata.²⁹⁵

Dizer simplesmente que o senhor de escravos não tinha incutido o respeito à condição humana quando relacionada aos negros, não possui caráter explicativo. Acentuar o valor e desprezar a estrutura é entender que o primeiro é mais importante que o segundo (compreensão ideológica). A pena de morte nada mais era que a garantia da própria sobrevivência do trabalho escravo, o que, dialeticamente, importava na segurança de existência do senhor de engenho. Ao mesmo tempo, as críticas ao regime escravocrata insurgiam-se da própria incompatibilidade que essa forma começava a apresentar em face de um regime mais dinâmico, necessitado de consumo e livre-iniciativa. A escravidão é superada no momento em que sua contradição se torna insuportável diante das novas formas de produção.

A sociedade, nesse aspecto, tendo em vista as relações sociais que permite reproduzir, seja a sociedade medieval, a sociedade mercantilista, a sociedade industrial e moderna, ou a contemporânea sociedade de risco ou reflexiva,²⁹⁶

²⁹⁴ Ver a obra de PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980. p. 167-265.

²⁹⁵ O debate estabelecido no Parlamento entre liberais e conservadores, e posteriormente vencidos pelos segundos, ao admitir a pena de morte para alguns delitos, demonstrou claramente que a reprimenda tinha como destinatários os escravos, funcionando como um instrumento adicional para a manutenção da ordem. "No Parlamento correntes liberais e conservadores travam seu pugilato. Por pequena maioria, e em parte, vencem os conservadores. Ela não é aceita aos crimes políticos e de rebelião, cabendo, sempre, recurso obrigatório a Coroa. A outros casos pontuais, contudo, principalmente para a manutenção da ordem por entre os escravos, cuidando da criminalidade servil, entendeu-se ela fundamental" (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. 170 anos de legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 1824 e no Código Criminal do Império. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 180, out.-dez. 2000).

²⁹⁶ Se as tendências atuais são analisadas pela dogmática penal à luz da teoria da sociedade do risco, conseqüência disso é enquadrá-la também nesse panorama da reflexividade: impulsionadas pelo reconhecimento dos novos riscos e pelo horizonte semântico da prevenção, essas tendências realizam um movimento de expansão, tendente a abarcar os novos fenômenos da sociedade de risco, consoante os ideais sociais de segurança e controle; entretanto, na outra ponta, contrapõem-se aos princípios e aos fundamentos da estrutura penal moderna. Nesse contexto, pretende-se explicitar alguns desses conflitos, a fim de melhor caracterizar o dilema atualmente vivenciado pelas ciências penais.

estipula novas formas jurídicas de balizamento necessário (imperativo) dos comportamentos, ocasionando a relevância do Direito Penal (e sua extensão), haja vista seu poder e aparato institucional.

A sociedade de risco traz, de modo arrebatador, o individualismo gerado pelo desencantamento do mundo. O tipo penal, assim, vai expressar essas novas modalidades, uma vez que, não fazendo dessa forma, se instaurarão a já conhecida crise de legitimidade dos aparelhos repressores e as sensações de impotência decorrentes dos novos acontecimentos até então inimagináveis.

Aliás, a "reflexão" sobre a "reflexividade" da sociedade de risco, responsável pelo abalo das categorias da sociedade moderna industrial, significa uma possibilidade de demarcação crucial da ineficiência dos institutos penais baseados nos princípios consagrados do pensamento do Marquês de Beccaria no século XVIII.²⁹⁷

Da mesma forma, o nexos causal hoje complementado pelas relações de risco, a transnacionalização dos mercados, a comunicação em grande escala, o poder destrutivo das tecnologias, não mais permitem um subsistema penal como o de outrora, gerando a crise espelhada no simbolismo penal. Enfim, tem a dificuldade,

²⁹⁷ Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria, 1738-1794) conheceu de perto as injustiças dos processos penais, os problemas das prisões, torturas e a desproporção entre a infração e a pena. Assim, influenciado diretamente por Montesquieu, Rousseau e Voltaire, em sua obra *Dei delitti e delle pene*, colocou em xeque o sistema criminal da época. Com esses postulados, deu início ao Direito Penal moderno e às escolas clássicas de Criminologia e de Direito Penal. O livro de Beccaria desenvolve-se em quarenta e sete itens. Trata-se de itens curtos e simples, direcionados ao público de modo geral. Por isso é que sua obra teve uma repercussão maior do que as idéias novas. Tais itens foram colocados de maneira clara e inofensiva. Sua clareza e precisão argumentativa foram o suficiente para causar impacto maior do que as críticas realizadas pelas elites do sistema vigente até então. Ressaltar-se-ão alguns itens da obra de Beccaria: a questão das penas; o direito de punir; interpretação das leis; proporção entre os delitos e as penas; divisão dos delitos; finalidade da pena, tortura; rapidez da pena; penas aplicadas aos nobres; banimento e confisco; pena de morte; prisão; processo e prescrições; tentativa, cumplicidade e impunidade; interrogatórios sugestivos e depoimentos; como prevenir delitos; educação; graças etc. Por conseguinte, sua obra está fundada no contrato social – utilitarismo – e na igualdade entre todas as pessoas. Do utilitarismo surgiu a máxima: “Melhor prevenir o crime do que castigar o delinqüente”. Ele defendia, além disso, o princípio da estrita legalidade, da proporcionalidade entre a infração e a pena e da humanização do Direito Criminal. Beccaria procurou elaborar um sistema criminal humano, com leis claras e bem-elaboradas. Essas idéias foram importantes para a reforma penal vindoura (BECARIA, 1997, p. 67).

até por se estar inserido no mundo, de "enxergar o presente pelos olhos do passado".²⁹⁸

O Direito Penal, ao expor uma compreensão específica da realidade, encontra-se em forte crise de legitimidade, pois seus instrumentos se apresentam incompatíveis com a realidade do risco, tendo, dentre esses instrumentos, o tipo e a conseqüente tipificação. Assim, apenas é possível conceber o causalismo penal (opção jurídica de esgotamento do tipo penal no nexo de causalidade) ou as estruturas lógico-objetivas do finalismo numa sociedade onde as relações sociais são facilmente perceptíveis, ou mais, de tranqüila apreensão em sua completude.

O tipo penal, hoje em dia, na doutrina nacional, apresenta sua teorização com base no dogma fechado, ou seja, fundamenta sua existência na capacidade do legislador, ao normatizar, em ceifar com precisão um segmento comportamental específico. Como forma de demarcar a incompatibilidade desses paradigmas (causal/finalista) com a sociedade de risco, importante se faz um sucinto exame dessas construções.

3.3.1 Tipo penal fechado

O tipo penal fechado é aquele que mais reflete o suposto respeito sedimentado ao princípio da legalidade. Através do tipo penal, nessa modalidade, estar-se-ia diante do texto legal capaz de, sem qualquer questionamento maior, demonstrar qual o comportamento humano visado pelo legislador.²⁹⁹ A norma penal nesse enfoque ganha a premissa de ser certa e particularmente estrita. As palavras falam por si só, não abrem brechas à interpretação, dispensando comentários ou maiores aprofundamentos.

²⁹⁸ PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Traduzido por Maria Ermetina Galvao G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 31.

²⁹⁹ Espelha a posição acerca do tipo fechado: "Tipos penais fechados são todos os que para a sua compreensão o intérprete ou aplicador da lei não necessita recorrer a qualquer indagação estranha aos elementos constantes da norma incriminadora" (DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 312).

Os tipos fechados e abertos são abordados por Welzel, que doutrina:

Podem ser chamados de tipos 'fechados' os que possuem as características assinaladas, porque enumeram exaustivamente os pressupostos materiais da antijuridicidade. Frente a eles, existem os tipos 'abertos' ou 'que requerem ser completados', aqueles que não indicam de per si a antijuridicidade, nos quais esta deve ser fundamentada por intermédio de um juízo ulterior independente. Nesses para averiguar a antijuridicidade, não basta o estabelecimento da circunstância negativa de que não ocorrem fundamentos de justificação.³⁰⁰

A descrição do modelo de conduta, nessa modalidade, é completa, restando ao aplicador praticamente o trabalho fácil de subsumi-la em face do comportamento realizado pelo agente (relação de mera correspondência). O exemplo claro e incansavelmente apresentado de tipo fechado é a norma penal "matar alguém", expressa no artigo 121 do Código Penal brasileiro. Com esta, pretensamente, estar-se-ia cumprindo o pleno respeito ao princípio da legalidade.

Todavia, o tipo penal fechado apresenta dois problemas sérios e concomitantes. Em primeiro lugar, espelha uma sociedade muito pouco complexa e muito previsível. Em segundo, a prática judiciária demonstra que nem mesmo as normas de fácil apreensão estão completamente desligadas do problema da interpretação e das divergências sobre seu verdadeiro alcance, fundamentalmente em razão da característica instável e contingente da sociedade de risco.

A sociedade, para tutelar-se apenas através de tipos fechados, aqui entendidos na concepção tradicional traçada, demanda relações facilmente diagnosticáveis, capazes de fazer saltar aos olhos do operador a relação de causa e consequência. Não foi à toa que a idéia hermética da tipicidade quase sempre foi baseada no lastro oferecido pelo conceito causal de ação, comprovado juridico-penalmente pela teoria da equivalência das condições.

Nesse passo, de conveniência citar a lição de Juarez Cirino dos Santos, *ipsis litteris*:

³⁰⁰ WELZEL, 2003, p. 135-6.

A teoria causal da ação, elaborada basicamente por LISZT, BELING e RADBRUCH – os fundadores do sistema clássico do fato punível, uma construção teórica estruturada com base nas categorias científicas do mecanicismo do século XX –, define ação como produção causal de um resultado de modificação no mundo exterior, hoje conhecido como modelo clássico de ação.

O modelo causal de ação possui estrutura exclusivamente objetiva: ação humana, mutilada da vontade consciente do autor, determinaria o resultado como uma forma sem conteúdo, ou um fantasma sem sangue, conforme a expressão do próprio BELING; a voluntariedade da ação indicaria, apenas, ausência de coação física absoluta; o resultado de modificação no mundo exterior seria elemento constitutivo do conceito – e, assim, não existiria ação sem resultado.³⁰¹

Portanto, a ação humana mostrava-se empiricamente como a razão suficiente de alteração da ordem das coisas. Por meio de um disparo de arma de fogo, retirava-se a vida de uma pessoa e, conseqüentemente, deveria ser reconhecida a tipicidade homicida. O agente responde pela prática de dano ao destruir coisa alheia, assim perceptível no universo sensorial, devidamente assessorado pelo laudo de exame de corpo de delito como prova de materialidade.

A dinâmica social contemporânea do risco, contudo, impede a tranqüila apreensão dessas mesmas relações de causa e efeito. Os resultados dos atos e fenômenos modernos são desencaixados de instâncias espaciais e temporais, de sorte que esse mesmo resultado, tantas vezes, apenas pode ser percebido muito tempo depois ou em localidade significativamente diversa do ambiente da ação. Os resultados são difundidos a ponto de se tornarem intangíveis num primeiro momento, reverberando de formas tão anormais e impassíveis de liames objetivos seqüenciais.

A sonegação fiscal (Lei n. 8.137/90) no seio de uma sociedade com acionistas e controladores é impossível, no mais das vezes, de ser imputada a um específico e limitado comportamento. O defeito de fabricação de um produto comercializado em todo o mundo não possibilita a identificação perfeita do agente produtor ao longo de uma complexa e infundável carreira industrial, definindo, por exemplo, a complexidade da responsabilidade pelo produto (Lei n. 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor). Daí se afirmar, conforme Beck, que a sociedade moderna suprime

³⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 84.

e substitui as relações de causalidade por relações de risco.³⁰² Ou ainda, como prefere Giorgi, o conceito de risco passa a constituir o próprio parâmetro do homem em se vincular com o futuro imerso na instabilidade autoproduzida.³⁰³

A evolução social, da mesma forma, determina novos desenvolvimentos jurídicos, aprimorando e multiplicando institutos, normas, formas de se estabelecer relações sociais através do cenário jurisdicional. As leis trazem denominações, fórmulas e categoriais inovadoras, as quais, por sua vez, somente são compreendidas à luz de construções sediadas fora da órbita circunscrita do Direito Penal. Os produtos das relações de negócios criam linguagens jurídicas, administrativas, financeiras e econômicas próprias, que não podem, sob pena de incapacidade imperativa, ser desprezadas pelo legislador (poder) no momento da elaboração do tipo penal incriminador. Não há como criminalizar condutas, numa sociedade que tem a pessoa jurídica como elemento central do foco produtivo, sem mencionar expressões como ações, debêntures, valores mobiliários, divisas, câmbio etc. De há muito, o Direito Penal sequer consegue evitar os elementos normativos; cheque, moeda, duplicata etc. Em poucas palavras: a sociedade ficou grande e dinâmica demais para os limites do tipo penal fechado.

Soma-se a tudo isso o fato de que mesmo as definições típicas mais singelas impendem a interpretação. Os avanços das ciências e da tecnologia, adicionados à racionalização das tradições, tornam duvidosa a constatação do que seja até mesmo o alcance de normas básicas como o homicídio ou o aborto. O conceito de vida se transforma com constantes descobertas e pesquisas, criando discussões acerca de temas como aborto do feto desprovido do conteúdo cefálico ou as polêmicas acerca do limite de investigações relacionadas à genética, conforme recente e pertinente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das pesquisas com células-tronco.

Porquanto, o tipo fechado, como garantia ao princípio da legalidade, resta abalroado pelas dinâmicas estruturais da sociedade pós-moderna a ser garantida

³⁰² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Traducción por Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 1998.

³⁰³ GIORGI, Raffaele de. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 192.

em suas expectativas pelo subsistema penal. A sociedade de risco encaminha a tipicidade para a normatização; os elementos normativos do tipo assumem grau de imprescindibilidade; as categoriais consolidadas já não se mostram verdadeiras e estáveis como imaginadas por Beccaria.³⁰⁴

3.3.2 Tipo penal aberto

Com a constante diminuição proporcional dos tipos fechados na gama total das “figuras reitoras” penais, a tipicidade aberta iniciou um processo irreversível de proliferação, principalmente no espaço que foi ocupado pelos crimes culposos. A propósito, acerca da estrutura do crime culposo leciona Heleno Cláudio Fragoso:

Durante muito tempo se imaginou que a previsibilidade do evento constituía a essência do crime culposo e que esse delito tinha no resultado lesivo o seu aspecto fundamental, sendo fato punível que se consubstanciava num desvalor do resultado. Essa concepção deixava em plano secundário a tipicidade e, sobretudo, a antijuridicidade do crime culposo, além de supor que a essência da culpa (negligência) estivesse num elemento psicológico. A concepção clássica da doutrina do Direito Penal entre nós reduzia o crime culposo a uma forma da culpabilidade, representada pela negligência, imprudência ou imperícia da causação do resultado, que constituiria, como nos correspondentes crimes dolosos, a conduta típica. O dolo e a culpa *stricto sensu* são, no entanto, coisas inteiramente diversas. Dolo é fenômeno psicológico, ao passo que a culpa *stricto sensu* só tem existência no plano normativo. A tipicidade do crime culposo, no entanto, não poderia estar na causação do resultado, que está fora da ação, mas, sim, num determinado comportamento proibido pela norma. Como em tais crimes não há vontade dirigida no sentido do resultado antijurídico (embora exista vontade dirigida a outros fins, em geral lícitos), a ação delituosa que a norma proíbe é a que se realiza com negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, violando um dever objetivo de cuidado, atenção ou diligência, geralmente imposto na vida de relação, para evitar dano a interesse e bens alheios e que conduz, assim, ao resultado que configura o delito.³⁰⁵

³⁰⁴ BECCARIA, 2002, p. 35-6.

³⁰⁵ FRAGOSO, 2003, p. 271-2.

A definição que pode ser ofertada, e suficiente para esta abordagem, é aquela que considera tipos abertos as normas incriminadoras indicativas de comportamentos proibidos, tendo em vista a absorção de elementos exteriores.³⁰⁶

Os arquétipos de tipos abertos consistem naqueles formatos em que se permitiria a interpretação, ou seja, a conduta e o resultado não estariam sensorialmente ligados por umnexo de causalidade. Como formas inequívocas de modelos abertos, inserir-se-iam os crimes culposos (violação do dever objetivo de cuidado), os crimes omissivos impróprios (valoração do conceito de garante) e os crimes definidos por vocábulos não-inferidos do universo exclusivamente penal (elementos normativos do tipo – jurídicos ou culturais).

Todavia, o rol taxativo permite duas certificações. Em primeiro lugar, resta incompleto por sua intrínseca limitação. Em segundo, comprova a tendência natural de normatização da tipicidade trabalhada pelo funcionalismo.

Conforme apontado, a sociedade, para inserir-se no universo penal, depende da normatização, ao mesmo tempo em que os tipos vistos como essencialmente fechados não sustentam essa própria definição quando da inserção de seu sentido numa realidade de transformações rápidas, profundas e desencantadas.

³⁰⁶ Parafraseia-se aqui a definição seguinte de tipos penais abertos: "Consideram-se tipos penais abertos aquelas normas incriminadoras que não contêm a indicação da conduta proibida que somente e identificada em função dos elementos exteriores ao tipo" (DOTTI, 2002, p, 60). No mesmo sentido é a definição que assevera consistirem os tipos penais abertos: "[...] na descrição incompleta do modelo de conduta proibida, transferindo-se para o intérprete encargo de completar o tipo, dentro dos limites e dos indicações nele contidas" (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 136).

O princípio da taxatividade penal,³⁰⁷ nesse aspecto, ganha contornos diferentes, devendo ser interpelado numa concepção dinâmica, afastando a estática de se imaginar hipótese típica que significa por si mesmo. No tipo penal aberto, ganha definitivo espaço o discurso jurídico, aquele capaz de se sobrepôr às normas como práxis de outorga de sentido apto a avivar a prescrição.³⁰⁸

Com base numa noção lingüística de discursos justapostos, a maior extensão da tipicidade aberta, mesmo para os antigos tipos fechados, conclui-se logicamente. A todo tempo, afasta-se a idéia defensora da possibilidade de separação da compreensão do tipo penal e da realidade (político-criminal). A construção funcionalista soube perceber, através da constatação real de normatização crescente, que o modelo clássico malograva ao tentar cindir a relação imbricada entre a dogmática penal e os sistemas sociais. Disso tudo resultou a consagrada reviravolta dada por Roxin ao método assumido por Franz von Liszt.³⁰⁹ Enquanto, para o segundo, a teoria do delito funcionava como o limite intransponível para os anseios da política-criminal, para o primeiro, esse limite se transmuta para o interior da dogmática jurídica, assumindo o papel de baliza interpretativa dos limites de proteção da norma (risco proibido) e do tipo (alcance das condutas).³¹⁰

A tendência moderna do Direito Penal assume como ferramenta de controle de comportamentos desviados a normatividade do tipo, ou seja, os tipos penais abertos inseridos num sistema também aberto. A dinâmica de estudos criminais aponta a crescente importância de compreensão de um sistema regulador do poder por meio dos pensamentos-problema vinculados a grupos de casos. As

³⁰⁷ De acordo com Luisi, trata-se do segundo colôrio do princípio da legalidade e é o postulado de determinação taxativa, *in verbis*: “O postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equivocadas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme. Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessária, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei” (LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 18-9).

³⁰⁸ CORREAS, Oscar. **Crítica da ideologia jurídica**: ensaio sócio-semiológico. Traduzido por Roberto Bueno. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

³⁰⁹ LISZT, 2003, p. 98.

³¹⁰ MIR PUIG, 2002, p. 264.

possibilidades de concreção da lei com finalidade exclusivamente jurídica tornam o Direito Penal contemporâneo gradativamente mais longínquo das constatações alcançadas pelo pensamento clássico de viés causalista. Frise-se, pois, que a leitura da evolução do tipo penal é o exato traçado da objetividade fechada rumo à normatização aberta.

Welzel já assinalava essa demarcação. Em sua época, o aumento dos crimes culposos apontava para novas fórmulas capazes de propiciar ao juiz e ao cidadão quais as condutas que se tornavam proibidas pela lei penal. As alterações das relações sociais difundiam a necessidade de controle de comportamentos que poderiam, por sua violação dos deveres de cuidado, criar externalidades não-desejadas pela ordem vigente. A eleição dos fins passava a dividir importância com as eleições dos meios, uma vez que o agente, para alcançar determinada meta, não poderia se preocupar apenas com a legalidade desta, mas também deveria representar acerca dos prováveis efeitos colaterais que seu ato eventualmente promoveria.

Nesse sentido, assevera Welzel:

Nem todos os tipos correspondem, porém, a esse ideal dos que descrevem de modo exaustivo, ou tipos fechados. Há muitos tipos em que a lei descreve apenas uma parte dos caracteres e confia ao juiz a tarefa de completar o tipo. Esses tipos abertos, ou que necessitam ser complementados, encontramos, antes de tudo, nos delitos culposos e nos delitos omissivos impróprios. Na maior parte dos delitos culposos a lei descreve somente o resultado (a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico), enquanto a ação proibida deve ser constatada pelo juiz mediante o critério da falta de observância do 'cuidado necessário no tráfego', Nos delitos omissivos impróprios não se encontra identificado o círculo de autores, e deve ser complementado pelo juiz mediante a 'posição de garante'. Por essa razão, os tipos dos delitos culposos e dos delitos omissivos impróprios são só em parte tipos 'legais' e em parte tipos 'que devem ser complementados pelo juiz'.³¹¹

A diferença do pensamento de Welzel coloca-se, contudo, no plano filosófico e metodológico. Enquanto aqui se postula o difícil afastamento dos tipos abertos por questões relacionadas à infra-estrutura produtiva capaz de estabelecer mais

³¹¹ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução a teoria da ação finalista. Traduzido por Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 50.

complexas relações de produção, o ontologismo de Welzel propugnava a tipicidade aberta em determinados casos com fundamento nas estruturas lógico-objetivas (ontologismo finalista).

Finalizando este tópico, são os enfrentamentos de Zaffaroni e Pierangeli:

Se o legislador brasileiro sancionasse uma lei que dissesse: 'São proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns', esta lei seria inconstitucional, porque violaria frontalmente o princípio da legalidade. Aqui seria o juiz quem realmente teria o encargo de individualizar a conduta proibida, que não lhe estaria dada pelo legislador.

Não obstante, há casos em que o tipo não individualiza totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça, para o que deverá recorrer a pautas ou regras gerais que estão fora do tipo penal. Quando a lei permite o homicídio culposo, está exigindo do juiz que, frente ao caso concreto, determine qual era o dever de cuidado que o autor tinha a seu cargo, e, com base nele, 'feche' o tipo, passando depois a averiguar se a conduta concreta é típica deste tipo 'fechado' pelo juiz mediante uma norma geral de cuidado que necessitou 'fazer' ao tipo, vinda de outro contexto (às vezes de outras partes do mesmo ordenamento jurídico, e, às vezes, de pautas éticas, quando não se trata de uma atividade regulamentada – acender fósforos, cortar árvores, correr por uma calçada, subir numa escada etc.)

Estes tipos – que, como o do art. 121, § 3º, necessitam recorrer a uma norma de caráter geral – chamam-se tipos abertos, por oposição aos tipos fechados (como o do art. 125 do CP), em que a conduta proibida pode ser perfeitamente individualizada sem que haja necessidade de recorrer-se a outros elementos além daqueles fornecidos pela própria lei penal no tipo.³¹²

Importante salientar que, mesmo possuindo os tipos abertos relação de importância claramente estabelecida com as formas sociais, a utilização de tal modalidade deve respeitar certos limites. Ao se deparar com o tipo penal, o intérprete deve ao menos ser capaz de inferir um conjunto de situações factuais que visam a ser evitadas pelo legislador, o que, tantas vezes, sequer é respeitado. Uma descrição penal que torna infundáveis as possibilidades, sem qualquer limitação ao poder de punir, não se configura como um tipo aberto, mas como um verdadeiro não-tipo.³¹³

³¹² ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manuel de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 449.

³¹³ Exemplos de não-tipo, pois extrapolam completamente com os imperativos da lei penal mesmo em sua forma aberta, são as condutas previstas no artigo 4º e seu parágrafo único da Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, a qual tutela os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. O artigo redige as condutas de "gerir fraudulentamente instituição financeira" e "se a gestão é temerária". Tais redações não descrevem comportamento algum; a crítica, nesse ponto, não perpassa pela idéia dos tipos abertos, mas sim recai na noção geral da própria tipicidade.

3.3.3 Norma penal em branco

A expressão norma penal em branco deve-se à construção doutrinária de Karl Binding,³¹⁴ originária da expressão em alemão *blankettstrafgesetz*. Por conseguinte, foi ele o primeiro a assinalar a existência de leis penais nas quais o preceito primário é incompleto.

As normas penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago; por, isso chamadas também de normas imperfeitas, exigindo complementação, relativamente ao modelo abstrato do tipo nelas inscrito, por outra norma jurídica, ou seja, por um outro ato normativo de caráter geral (lei, decreto, regulamento, portaria, resoluções, circulares etc.), para que possam ser aplicadas ao fato concreto. Esse complemento pode já existir quando do início da vigência da lei penal em branco tipificadora ou ser editado posteriormente.

Aponta-se, porém, uma distinção com fundamento na categoria legislativa das normas que devem ser conjugadas para a aplicação das leis penais em branco. Existem as normas penais em branco em sentido amplo e as normas penais em branco com sentido estrito, como esclarece José Henrique Pierangeli:

Como é sabido, a norma penal comum possui a sanção e a proibição perfeitamente determinadas. Isso, porém, não ocorre com as chamadas normas penais em branco (*blankettstrafgesetze*), cuja denominação se deve a Binding, conquanto o fenômeno já tivesse sido observado por Heinze, que as chamou de cominações penais cegas. Nestas leis, só a sanção está determinada, ficando indeterminada a proibição, que, posteriormente, será precisada.

A norma penal em branco deve ser examinada sob dois enfoques, ou sob duas concepções: em sentido amplo ou lato e em sentido estrito.

Nas primeiras, que são aquelas que não oferecem maiores dificuldades, para a determinação da proibição deve-se socorrer de outra lei, ou, por outras palavras, a sanção e a proibição originam-se de um mesmo órgão

³¹⁴ Trata-se da “Teoria das Normas”, que parte do estudo do tipo penal para analisar o comportamento daquele que o infringe. Para Binding, o criminoso, ao cometer um crime, não infringe a lei, mas sim, a norma penal nela contida. Como o tipo legal traz em seu bojo uma estrutura imperativa, o indivíduo, ao praticar a conduta típica, não desobedece à lei, amoldando-se a ela perfeitamente, o que evidencia que a ofensa é em relação à norma penal contida no enunciado legal. Partindo dessa premissa, Binding defendia a diferença entre norma penal e lei penal. Para ele, é a norma que contém caráter mandamental proibitivo, posto que a lei possui, apenas, mero caráter descritivo da conduta considerada ilegal. Para ele, é a norma que contém caráter mandamental proibitivo, posto que a lei possui, apenas, mero caráter descritivo da conduta considerada ilegal.

legislativo. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 237 do Código Penal ('contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta'), impedimento matrimonial que está registrado no art. 183 do Código Civil. Como compete privativamente à União legislar em matéria de Direito Civil e Direito Penal (Constituição, art. 22, inc. I), diz-se que aqui ocorre uma homogeneidade, pois, a sanção e a proibição têm a sua origem numa única instância legislativa, o Congresso Nacional.

As segundas, porém, apresentam dificuldades. Nestas, para a determinação da proibição, deve-se buscar legislação oriunda de outro órgão legiferante (Poder Executivo, Legislativo estadual, municipal etc.). Afirma-se, então que existe uma fonte formal heterogênea, por apresentar-se uma diversificação quanto ao órgão que elabora a proibição.

Estabelecida a sanção pelo órgão legislativo competente, restando, contudo, incompleta a proibição, normas complementares são elaboradas por outros órgãos, dentro da competência estabelecida pela Constituição e dentro dos limites por esta fixados. De exemplo serve o art. 269 do Código Penal, que cuida da 'omissão de notificação de doença' ('Deixar o médico de denunciar às autoridades públicas doenças cuja notificação é compulsória'), competindo às autoridades sanitárias elaborarem o rol dessas moléstias, que atinge, por exemplo, o cólera e a rubéola, como gravidade limite.³¹⁵

Essas leis penais em branco, teoricamente, não afetam o princípio da reserva legal, pois, sempre haverá uma lei penal anterior, embora complementada por regra jurídica de outra espécie. A princípio, igualmente, não violam também o princípio da legalidade do crime e da pena, embora complementadas por norma jurídica diversa da lei formal, porque se inserem no sistema constitucional vigente no País.³¹⁶ Portanto, não é inconstitucional porque sua estrutura vem imposta pela divisão de poderes do Estado, assegurada pela Constituição Federal. O Congresso Nacional não pode legislar em matérias próprias do Executivo ou das legislaturas estaduais ou municipais. Em tais hipóteses, o Congresso Nacional não rompe a divisão dos

³¹⁵ PIERANGELI, José Henrique. **Escritos Jurídico-Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 163-4.

³¹⁶ Em posição contrária, argumenta André Copetti: "Já havendo uma inflação penal desmedida que torna impossível o conhecimento, pela população, das condutas consideradas ilícitas, a situação criada pelas normas penais em branco, que transferem basicamente à esfera administrativa a atribuição de regulamentar a extensão dos tipos penais, torna-se ainda mais agravada. Não concordamos com a despreocupação de Soler quanto à não existência de qualquer função repressiva na regulamentação administrativa das normas penais em branco. Para o penalista argentino, a lei penal em branco que defere a outro a fixação de determinadas condições, não é nunca uma carta-branca outorgada a esse poder para que assuma funções repressivas e, sim, o reconhecimento de uma faculdade meramente regulamentar. Ora, se não há uma transferência da função repressiva, no mínimo existe um deslocamento da complementação da norma penal, a ser feita através de uma outra espécie legislativa que não a lei, o que viola o princípio da reserva legal. Por outro lado, há um aumento significativo da extensão do enunciado da norma penal, em instrumentos normativos de difícil acesso aos destinatários do sistema normativos são praticamente desconhecidos dos cidadãos, o que, sem dúvida alguma, enfraquece substancialmente a função de garantia dos tipos penais" (COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 182).

poderes que a Constituição estabelece, mas, ao contrário, deixa em branco a lei penal para respeitar a divisão de poderes.

Porquanto, a distinção entre as normas penais fragmentadas e as normas penais em branco em sentido estrito prende-se à circunstância de que, quanto a estas, o legislador não tem necessidade de pedir ou de autoconceder-se autorização para legislar, podendo complementar, a qualquer tempo, a lei penal; ou a lei remete para outro preceito, contida na mesma lei penal a outra lei distinta, tratando-se de norma penal em branco a ser complementada por norma jurídica de outra instância legislativa ou de outro Poder do Estado. Isso porque o tipo penal na lei penal em branco remete-se, expressa ou implicitamente, à norma complementar: decreto regulamento, portaria, resolução etc.

Nesse sentido, só se pode admitir como complementar de uma lei penal uma norma administrativa a ela vinculada, editada por quem tem competência assegurada pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional.

Dessa forma, o Poder que completa a lei em branco (Legislativo e Executivo federal, estadual ou municipal e Judiciário federal ou estadual) deve obedecer a essa determinação da norma penal incriminadora para não ficar escamoteada uma delegação de competência inadmissível na lei penal incriminadora, definidora dos tipos penais. A norma complementar só será válida, do ponto de vista da hierarquia das fontes, em virtude da autorização concedida pela lei penal em branco. Nessa linha de pensar, assinalam Zaffaroni e Pierangeli:

O Poder que completa a lei em branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza das coisas porque, do contrário, através de tal recurso pode ser mascarada uma delegação de competência legislativas penais. Assim, por exemplo, o executivo não pode incluir o café na lista de substâncias entorpecentes, como tampouco incluir o vinho. Nem mesmo poderia incluir um rifle de ar comprimido entre as armas de guerra.

A lei formal ou material que completa a lei penal em branco integra o tipo penal, de modo que, se a lei penal em branco remete a uma lei que ainda

não existe, não terá vigência até que a lei que a completa seja sancionada.³¹⁷

Interessa, no presente estudo, a título de exemplo do atual subsistema penal, especificamente, a norma penal contida no artigo 22³¹⁸ da Lei nº 7.492/86, em que, claramente, salta aos olhos que tal dispositivo se constitui em norma penal em branco, uma vez que as condutas de efetuar, promover e manter só podem ser consideradas típicas quando devidamente completadas. Esse tipo penal é, seguramente lei penal em branco, porque a norma complementar é que deverá definir o que significa e quando se considera, para os fins penais, as elementares normativas representadas nas expressões: operação de câmbio não-autorizada; sem autorização legal; repartição federal competente; moeda e divisas. A propósito desse tema, é oportuno apontar algumas posições doutrinárias.

Manoel Pedro Pimentel chama a atenção para o fato de que o artigo 22 da Lei nº 7.492/86 é uma norma penal incriminadora que pertence à categoria de norma penal em branco:

Tanto na cabeça do artigo, como no seu parágrafo único, encontramos normas penais em branco, do tipo lei incompleta, uma vez que o legislador coloca elementos normativos que carecem de interpretação dependente de outras normas, emanadas do mesmo legislador. Indicados com as expressões não autorizadas e sem autorização legal.³¹⁹

Da mesma forma, sustenta Antônio Carlos Rodrigues da Silva:

As condutas estão informadas por diversos elementos normativos do tipo, como: 'operação de câmbio não autorizada', 'sem autorização legal', 'a qualquer título', 'divisas', 'moeda', 'repartição federal competente', etc., evidenciando-se tratar-se de norma penal em branco a carecer de

³¹⁷ ZAFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 452.

³¹⁸ Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

³¹⁹ PIMENTEL, 1987, p. 155-6.

interpretação dependente de outras normas emanadas do mesmo legislador.³²⁰

Posições idênticas possuem Paulo José da costa Jr., M. Elizabeth Queizo e Charles M. Machado:

O art. 22 e seu parágrafo configuram normas penais em branco, que se complementam com 'operação de câmbio não autorizada', 'saída de moeda ou divisa para o exterior sem autorização legal', ou pela 'manutenção de depósitos não declarados à receita'.³²¹

Trata-se, ainda mais, de uma norma fragmentária, ou seja, de lei penal em branco no sentido amplo, pois o tipo penal remete expressamente à legislação complementar, ou seja, à lei formal. É o que ocorre com as três modalidades criminosas previstas no referido artigo. No *caput* do artigo 22, ao estabelecer como delito aquela conduta mencionada (efetuar), tem por escopo evitar as operações de câmbio não-autorizadas, que somente dizem respeito à divisa.

Já o parágrafo único, primeira parte, ao prever como crimes aquela conduta citada (promover), sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa do território nacional, tem por objeto a estabilidade do mercado financeiro. Já, no que diz respeito à segunda parte do parágrafo único do artigo 22, a conduta será típica quando comprovada a habitualidade em manter depósitos não- declarados à repartição federal competente (objetiva a proteção da ordem tributária). Destarte, tais normas penais incriminadoras pertencem à categoria das normas penais em branco em sentido estrito, a serem complementadas por norma jurídica de igual hierarquia – lei formal – em conformidade com o que estabelece o artigo 192³²² da Constituição Federal.

³²⁰ SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. **Crimes do Colarinho Branco**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 158.

³²¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, M. Elizabeth; MACHADO, Charles M. **Crimes do Colarinho Branco**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 133.

³²² Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Dessa forma, a lei penal em branco, prevista no artigo 22 da Lei nº 7.492/86, exige a definição, em lei formal, do que podem ser considerados sem autorização legal, divisa e moeda. Não obstante, inexistente, em nosso ordenamento jurídico, uma lei formal (entenda-se aqui uma lei complementar – artigo 192 da Constituição Federal) que defina as elementares normativas requeridas pela norma penal incriminadora, restando incompleto o referido tipo legal.

Contudo, ainda que se considerasse, apenas para argumentar, que trata de uma norma penal em branco que pudesse ser complementada por norma de instância legislativa diversa da lei, ou seja, por lei material, e não formal (resoluções, circulares, decreto, regulamento etc.), a situação jurídica seria a mesma. Isso porque a Resolução nº 2.524/98 e a Instrução Normativa nº 120/9 não têm o condão de complementar o modelo incriminador em estudo, pois não especificaram e nem definiram adequadamente as elementares normativas, ao menos, que tipo de autorização é necessária para se sair do solo pátrio portando divisas ou moeda, como também qual o órgão responsável pela autorização, como exige o tipo penal em pauta.

Nesse quadrante, inexistindo norma jurídica complementar adequada à norma penal incriminadora prevista no artigo 22 da Lei nº 7.492/86, é inadmissível a sua aplicação a qualquer fato concreto, uma vez que faltam elementos essenciais ao tipo penal, mesmo levando em consideração a sua abertura como norma penal em branco.

Porquanto, Feldens e Schmidt equivocam-se ao afirmarem que o artigo 22 da Lei nº 7.492/86 encontra complementação nas normas administrativas editadas pelo Banco Central do Brasil, *in verbis*:

Parece não existir dúvida de que o art. 22 da Lei nº 7.492/86, ao definir o delito de evasão de divisas e manutenção não declarada de depósito no exterior, possui a natureza de norma penal em branco, principalmente porque as elementares especiais de antijuridicidade 'não autorizada' (caput), 'sem autorização legal' (1ª parte do parágrafo único) e 'repartição federal competente' (parte final do parágrafo único) transferem para a legislação extrapenal um dos pressupostos da adequação típica. Significa afirmar, nesse sentido, que parte do conteúdo do art. 22 da Lei nº 7.492/86 é dado por normas administrativas editadas pelo BACEN, a ponto de ser-

nos possível antecipar que o delito de evasão de divisas pressupõe um ilícito cambial, apesar de nem todo ilícito cambial configura um delito de evasão de divisas.³²³

A presente crítica nasce da norma constitucional constante no artigo 48, XIII³²⁴ da Constituição Federal, que estabelece competência exclusiva para o Congresso Nacional legislar, através de lei complementar, (artigo 192 da Constituição Federal) sobre matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações.

Em perfeita sintonia com a Constituição Federal e com o que se compreende, foi a sentença proferida pelo juiz federal substituto Eduardo Correia da Silva (nos autos da Ação Penal nº 2002.70.02.001291-2/PR),³²⁵ na qual expressamente reconheceu a inaplicabilidade das disposições penais constante no *caput* do artigo 22 e da primeira parte de seu parágrafo único da Lei nº 7.492/86, ante a ausência de complementação adequada.

A norma penal em branco não pode ser relacionada direta e imediatamente com o modelo de tipos penais fechados ou abertos, podendo ser encontrada, na visão tradicional, tanto numa quanto noutra categoria. As normas penais em branco se identificam com a incapacidade sistemática do tipo penal em abarcar todos os requisitos ou condições viáveis para a sua concretização e eficácia. Comumente espelham conceitos técnicos, destinados à complementação das proibições genéricas positivadas pelo legislador por meio de algumas expressões (tipos penais incompletos).

O conteúdo que condiciona a classificação de um tipo penal como lei penal em branco deriva das normas em sentido amplo. Desse modo, o preceito

³²³ SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de Evasão de Divisas: A tutela Penal do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 155.

³²⁴ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos artigos 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

[...]

XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

³²⁵ SILVA, Eduardo Correa. Disponível em: <<http://www.jfpr.gov.br>> Acesso em: 1 jul. 2004.

indeterminado é complementado por outras regras jurídicas; outras leis, regulamentos, portarias, resoluções, circulares, instruções normativas etc.³²⁶

Outro exemplo dessa modalidade relaciona-se com as condutas vinculadas aos entorpecentes ou, precisamente em nossa legislação (Lei nº 11.343/2006), "substancia entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica". Nesse caso, o que venha a ser substancia entorpecente não é definido pela lei penal, mas por outro instrumento normativo, como as portarias da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Nestes casos, portanto, não se trata de estabelecer a distinção entre tipos penais abertos ou fechados, uma vez que a essência da norma penal em branco não reside em sua objetividade (elementos descritivos – objetivos) ou normatização (elementos normativos). Simplesmente, o tipo penal incompleto, pela sua relevância técnica, precisa de outra norma para a consolidação dos seus limites e objetos de proteção.

As normas penais em branco também são muito utilizadas e proliferam na expansão atual do Direito Penal, o que resulta em certas críticas a essa modalidade. Todavia, os contrastes da atual sociedade com os modelos sociais antigos possibilitam algumas verificações explicativas da sua constante utilização. Os limites entre Direito Penal e Direito Administrativo tornam-se cada vez mais tênues e conectos,³²⁷ o que resulta na aplicação de normas em branco com remissões a regulamentos, autorizações, concessões e demais particularidades deste setor do Direito Público.

³²⁶ Definição clássica de norma penal em branco é: "Nela o preceito, quanto ao conteúdo, é indeterminado, sendo preciso somente quanto à sanção. É aquele, pois, preenchido por outra disposição legal, por decretos, regulamentos e portarias. Na conhecida frase de Binding 'a lei penal em branco é o corpo errante em busca de alma'" (NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1. p. 48).

³²⁷ No intuito de corroborar a comunicação entre os subsistemas parciais do Direito Penal e do Direito Tributário, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a persecução penal, isto é, à apuração da prática de crime contra a ordem tributária torna-se necessário o prévio esgotamento da via administrativa e a constituição definitiva do crédito tributário. Desse modo, o esgotamento da via administrativa é condição de punibilidade do crime fiscal, conforme decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus* nº 81.611, em que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

O simbolismo penal, ademais, assume o compromisso de orientar o sistema rumo às conseqüências e prevenções.³²⁸ Por fim e principalmente, os novos momentos de proteção penal não são facilmente diagnosticáveis ou, então, vislumbram tamanhas possibilidades (complexidade) que seriam inalcançáveis pela simples tipificação legal. Em resumo, as normas penais em branco atendem à dinâmica mutante da sociedade, fruto da tecnologia e dos conhecimentos, além de permitirem ao tipo englobar um maior número de condutas com rigor e precisão sistemática.

Não se despreza que as normas penais em branco devem apontar problemas quanto à utilização indeterminada de regras jurídicas de diferentes naturezas, o que, até certo ponto, resultaria em forte contrariedade ao princípio da taxatividade penal. De fato, as normas penais em branco, além do conteúdo prescritivo imanente, possuem um outro aspecto interessante, qual seja, um conteúdo tácito de delegação jurídico-legal. Isso resulta do fato de a complementação da norma não ser necessariamente relacionada com diplomas de natureza penal, mas, por exemplo, com normas administrativas.

Questiona-se, assim, se uma norma administrativa não estaria assumindo a competência da penal no conteúdo criminalizado e, assim, suscita-se a questão da constitucionalidade dessas disposições. O fato, todavia, que aqui é pertinente, resume-se ao comprovado aumento da utilização desse expediente no Direito Penal atual e, assim, resta a tentativa de explicação das razões que fazem as normas penais em branco serem sedutoras na sociedade de risco.

Não obstante, no atual Direito Penal brasileiro, de matriz causal-finalista, não há espaço para a modalidade de imputação criminal através de norma penal em branco, uma vez que o atual sistema constitucional, por intermédio de seu código/programação, não permite essa modalidade, mormente, pelo princípio da

³²⁸ HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbolico e protección de bienes juridicos**. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Pena y Estado**. [s.c.] Juridica ConoSur, 1995. p. 31-4.

legalidade em seus três postulados: reserva legal; determinação taxativa e irretroatividade.³²⁹

3.4 Críticas à dogmática tradicional

O modo de produção atual e dominante trouxe ao homem uma visão inovadora de desenvolvimento, visto ser imprescindível ao próprio sistema a criação constante de necessidades. O modelo tem sua realização no porvir, evitando a monotonia produtiva e consagrando o enriquecimento e posterior consumo como símbolos absolutos de sucesso, felicidade, realização e reprodução.

As matérias de proibição penal, eleitas pelo legislador e, em seguida, tipificadas na norma penal incriminadora, não possuem como característica o questionamento do sistema, mas, pelo contrário, a garantia de sua estabilidade. Os direitos fundamentais na modalidade formal do Estado brasileiro, a centralização do Direito Penal na propriedade privada, a proporção das penas em face dos delitos “comuns”, financeiros, tributários, ambientais, todos não possuem o interesse de alterar o sistema, revertê-lo, contraditá-lo. Pretendem mantê-lo com a devida adequação às novas realidades, no tocante a propiciar as expectativas comportamentais.

A realidade feudal, por exemplo, jamais poderia conhecer a idéia de desenvolvimento nos moldes atuais, de modo que séculos se passavam e muito pouco se alterava nas relações entre os homens e seus padrões de existência, exigindo, pois, regulamentações jurídicas muito mais simples. O próprio Código Penal brasileiro de 1830, ou seja, já no bojo do incipiente modo de produção hoje consagrado, sequer vislumbrava a mínima precisão aos tipos penais de modalidade culposa, posta a desnecessidade de tal imputação em decorrência das relações

³²⁹ LUISI, 1991, p. 13.

sociais que se realizavam.³³⁰ Vive-se hoje, assim, a velocidade alucinada das transformações, exigindo novas positivações, tantas vezes em desacordo com o modelo legal-racional positivista capaz de ser oferecido pelo aparato do Estado.

Os tipos penais fechados, até então, apontavam plena capacitação para a leitura jurídica da sociedade. Onde não há o tráfego de veículos, o avanço enorme da tecnologia, da comunicação, o belicismo, a destruição do meio ambiente, a internet, fazem-se desnecessárias postulações de proibições culposas ou de perigo, ou seja, na atualidade, os tipos penais fechados não possuem sequer razão ou alcance de existência.³³¹

As coisas atualmente alteram-se a todo tempo, em todo espaço, construindo uma sociedade em demasia complexa, na qual toda a gama de desenvolvimento científico e tecnológico se representa nas relações humanas e nas dificuldades de diagnósticos acerca delas. A potencialidade dos homens alcançou níveis elevadíssimos, possibilitando, em última instância, a autodestruição. Ulrich Beck, através do método analítico-descritivo, descreveu as sujeições nas quais os seres humanos foram colocados em face de suas próprias evoluções. O poder desta era é o poder do perigo, que suprime todas as zonas protegidas e todas as eventuais

³³⁰ Nesse mesmo caminho, é a obra de PIERANGELI: "[...] Não definia a culpa, mencionando apenas dolo (art. 2º e 3º), conquanto no art. 6º a ela se referisse capitulando logo mais adiante crime culposos (art. 125 e 153), olvidou os homicídios e as lesões corporais culposas. Essa omissão só veio a ser suprida através da Lei 2.033, de 1871, Contudo, é de ressaltar que o silêncio do Código, na época em que veio a lume, pouco ou nada significava, pois a importância dos crimes culposos só surgiu com a advento das máquinas, com os meios de transporte e com a evolução da indústria [...]" (PIERANGELI, 2001, p. 71). O Art. 3º dizia: "Não haverá criminoso ou delinqüente sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar". O Art. 125 capitula o crime daquele que deixa os presos, sob a sua custódia, fugirem; enquanto o Art. 153 aponta para "Falta de exacção no cumprimento dos deveres".

³³¹ A passagem da construção sociológica de Giddens demonstra as alterações da sociedade moderna. "À primeira vista, os perigos ecológicos que enfrentamos atualmente podem parecer semelhantes as vicissitudes da natureza encontradas na era pré-moderna. O contraste, contudo, é muito nítido. Ameaças ecológicas são o resultado de conhecimento socialmente organizado, mediado pelo impacto do industrialismo sobre o meio ambiente material. São parte do que chama rei de um novo perfil de risco, introduzido pelo advento da modernidade. Chama de perfil de risco um elenco específico de ameaças ou perigos característicos da vida social moderna" (GIDDEN5, 1991, p. 111-2).

diferenciações sociais que possam ser construídas na sociedade do modelo em essência desigual.³³²

Diante desse quadro construído na sociedade mundial de risco, o Direito Penal, assim como os demais subsistemas parciais do Direito e as respectivas ciências, não podem se eximir de alterar suas formatações (código/programas), mesmo que tais modificações impliquem difícil busca do conhecimento das atuais e elementares relações entre homem, sociedade e natureza. Evidentemente, tais alterações são realizadas no mundo jurídico de modo pontual, esparsas, de sorte com que, tão-somente após certo tempo, a teoria será capaz de inventariar e racionalizar sua integralidade. Não é à toa a ampliação percebida no Direito Penal para ramos (subsistemas parciais) jamais pensados como aptos à tutela, demandando a reformulação do conceito de bem jurídico, visto até então na construção *a priori* como limitador da ofensividade, lesividade e dignidade de tutela criminal.³³³

Um dos reflexos dessa pós-modernidade no Direito Penal foi o desenvolvimento de uma nova metodologia de estudos para a matéria. Incontestes as vantagens trazidas pelo finalismo de Hans Welzel ao subsistema penal e à própria configuração do tipo penal. Contudo, o ontologismo propugnado pelos seus seguidores – com o desenvolvimento de estruturas lógico-objetivas – além de deduzir formas absolutas do mundo, incompatíveis com uma visão histórica e

³³² BECK, 1998, p. 76. Afirma Beck nas diferentes passagens identificadas que: "[...] el hecho de que el sistema mundial se encuentra merced de la 'naturaleza' integrada y contaminada industrialmente [...] Contra las amenazas de la naturaleza exterior hemos aprendido a construir cabanas e acumular conocimiento. Por el contrario, estamos entregados casi sin protección a las amenazas industriales de la segunda naturaleza incluida nel sistema industrial [...] Lo que causa la catastrophe no es un erro, sino los sistemas que transforman la humanidad del error en fuerzaz destructivas incomprensibles [...]".

³³³ SILVEIRA, 2003, p. 17-8. Com o avanço dos meios tecnológicos, novos riscos sociais foram postos, modificando por completo o dia a dia dos homens. Essa nova fase da vida em sociedade dos tempos chamados pós-modernos tem sido profundamente questionada por filósofos, sociólogos e juristas. Atualmente, ainda que se fale em Direito Penal mínimo, Direito Penal de '*ultima ratio*', em uma real limitação de abrangência criminal, verifica-se uma amplitude de figuras repressivas relativas e esses novos riscos. Verdadeiro motivo de inquietação, a chamada expansão do Direito Penal tem sido vista de forma diversa e distinta por várias escolas penais. Constatada a ruptura no paradigma de proteção de bens individuais e sociais, os novos riscos impostos ao homem revestem-se de características multifárias, tendo diversas repercussões em diversas áreas do Direito. Com estudos aprofundados a partir dos anos 70, os direitos difusos ou supra-individuais começaram a se mostrar como um dos elementos mais importantes para a ciência. Ao Direito Penal outro destino não é o reservado do que, também, essa preocupação.

material, não conseguiu ser capaz de lidar com as inquietações propaladas pela sociedade de risco.

As estruturas lógico-objetivas, que, segundo a postura finalista, deveriam ser seguidas pelo legislador na elaboração da tipicidade, comportam apenas uma apreensão estática da realidade.³³⁴ A edificação ontológica pressupõe conceitos verdadeiros do mundo, que são imutáveis na realidade, aproximando-se, embora em caminho oposto, dos mesmos efeitos das categorias *a priori* trazidas pelos neokantianos.

Da mesma forma, embora com a aceitação das idéias finalistas no bojo do dogmatismo jurídico (especialmente, a brasileira), percebe-se gradativamente a superação dos resquícios, ainda vigentes, das buscas de precisões conceituais sem qualquer consequência prática, fruto do pensamento tradicional de Franz von Liszt. Atribuindo ao Direito Penal a modelagem liberal e garantidora, afirmava o pensador, como já mencionado, ser "o direito penal a barreira intransponível da política criminal", exemplo perfeito de um sistema fechado lógico-formal, pautado na correção axiológica dedutiva e nos resultados turvos, desconexos da realidade concreta. Prescinde-se, por completo, da necessidade de resolução de conjuntos de casos (pensamento-problema). O modelo causal fechado cumpre sua função na modelagem social em que a simplicidade dos círculos organizacionais o torna plenamente capaz de sustentar as expectativas comportamentais essenciais. Nesse sentido, o pensamento de Welzel jamais conseguiu superar as limitações de um modelo circunscrito, ou seja, não alcançou superar as tensões entre as deduções sistemáticas e valorações imediatas, configurando-se, da mesma forma, inábil na modernidade.³³⁵

³³⁴ CAMARGO, 1982, p. 26. "O finalismo, na concepção de Welzel, é um conceito ontológico, como é a causalidade, e também uma lei objetiva da estrutura do ser e do atuar humano".

³³⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Traduzido por Luis Greco. São Paulo: Renovar, 2000. "A propósito, o sistema fechado, incluindo ao tipo a mesma possibilidade ferramental, impossibilita por si mesmo a incorporação de valores e as constantes atualizações sociais destes mesmos. O sistema positivista, quando se abriu ao pensamento neokantiano em busca de legitimação, imposta de cima para baixo" (vide REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001) acabou por criar um sistema lógico-formal apriorístico e autoritário. Segundo ROXIN, "[...] a evolução somente – mas pelo menos – levou a que, na teoria do tipo, surgisse a interpretação em função do bem jurídico e se desse um suporte normativo às causas de justificação, com a teoria da assim chamada antijuridicidade material e a culpabilidade, através de sua fundamentação pelo elemento da reprovabilidade, idéias das quais brotaram tanto a excludente de ilicitude do estado de necessidade supralegal, como o conceito de inexigibilidade de conduta diversa na teoria da culpabilidade. Esta incorporação de valorações político-criminais na hierarquia positivista-conceitual da teoria do delito criou uma ambigüidade sistêmica, que se espelha na bipartição entre uma perspectiva formal e material".

Nesse sentir, o tipo penal, antes de tudo, surge no mundo do Direito como tentativa do legislador de evitar a reincidência de comportamentos que vêm se mostrando intoleráveis. Cabe a doutrina, previamente, apenas tentar balizar parâmetros razoáveis ao legislador nesse processo de poder criminalizador.³³⁶ De outro modo, também incumbe à doutrina inserir os novos padrões de tipificação no ambiente da teoria do delito, a qual, embora ganhe certo grau de autonomia, se deriva diretamente da realidade material do mundo jurisdicionalizado e suas relações sociais. A crítica aos novos tipos penais, portanto, não se restringe ao universo dos princípios como estruturas feitas e acabadas, sob pena de permanecer no mundo puro das idéias. Os aumentos dos tipos penais incriminadores devem sofrer a crítica ou a aceitação também diante de uma opção de existência humana real, que as expectativas dos comportamentos visam a reproduzir.

O tempo contemporâneo do pensamento penal é momento de reflexão social e transformações dogmáticas, cuja análise permite, até mesmo, vislumbrar a encoberta função que o Direito Penal exerce na manutenção da desigualdade social. A sociedade do conhecimento envolve, em qualquer aproximação, preceitos interdisciplinares, fazendo a abertura expressa no pensamento de Luhmann. Argumentar é convencer-se de uma dentre várias hipóteses; exatamente essa escolha condicionada (inafastável num sistema aberto) é o que permite apontar a decisão penal como algo político, baseado na força e no Poder, diferenciando-se da concepção que lhe outorga valor de verdade.

As ciências não-jurídicas, com destaque para a filosofia e para a sociologia, não podem mais ser vistas como corpos estranhos ao sistema jurídico, mormente, ao subsistema parcial do Direito Penal, mas, ao contrário, devem integrar o seu próprio pensamento, culminando, em síntese, na finalidade última que se busca com a tutela penal. Opta-se livremente no ínterim do Direito Penal (e seus subsistemas funcionalistas), outorgando-lhe o sentido de efetivação da política-criminal (Roxin), ou ainda na extremada busca da fidelidade ao Direito (Jakobs). Todavia, tal decisão

³³⁶ Acerca da dificuldade de se buscar uma racionalidade para o poder legiferante e alcançar "condições de exercer um controle de legitimidade das decisões legislativas penais", vide DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. Traduzido por Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 15.

não se pode eximir, inocente ou deliberadamente, de seu caráter de exercício do Poder.

Ocorre, portanto, a alteração completa dos institutos penais e suas relações com o mundo material, visando à funcionalidade na realização dos preceitos do Estado Democrático de Direito – forma histórica de organização, erigida sob o respeito formal positivado à dignidade da pessoa humana e ao pluralismo ideológico (Constituição Federal, artigo 1º, incisos III e V).³³⁷

Surge, assim, forma de adaptação das construções típicas e de realização da tipicidade adequada aos novos acontecimentos adstritos à esquematização social do capitalismo, qual seja, a sociedade de risco, cerne propulsor de conceitos novos no País como a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a imputação objetiva.

Dentro desses diversos aspectos de modificação, o tipo penal tem crucial importância, seja em razão de modificar-se em si mesmo, importando na criminalização de novas condutas, seja pelas alterações reflexas de que é alvo pelas novas construções do sistema penal (autônomo em certo sentido). O tipo percorre o inusitado caminho jurídico de alcançar o concreto saindo do concreto e navegando pelo abstrato, incidindo sobre ele, nesse trajeto, todos os aspectos da dogmática jurídico-penal.

A conduta concreta realizada e a posterior subsunção de demarcação da etiqueta jurídico-criminal jamais podem ser feitas, ao menos no âmbito de legalidade constitucional (princípio *nulla poena sine lege*), sem a utilização do modelo ideal típico e, portanto, dessa categoria aglomerante de diversos elementos capazes de demonstrar a criminalidade ou a eventual descriminalização. Dentro do caminho

³³⁷ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

V - o pluralismo político;

destinado ao apontamento de um fato como criminoso, o tipo penal é o filtro que relata os aspectos constitutivos da conduta proibida e exige, destarte, tal adequação.

Ao tipo penal incumbe a tarefa de janela do Direito Penal para o mundo, sofrendo suas influências sistêmicas internas (autopoiesis), ou seja, sua configuração no corpo da teoria do delito, bem como influências externas, tanto da atualização constante de seu conteúdo pelo órgão jurisdicional aplicador, quanto pela iniciativa política traduzida em seu verdadeiro combustível. Por meio da leitura dos tipos penais, apreende-se o que determinada sociedade entende como insuportável e, ao mesmo tempo, o modelo incriminador é capaz de ensinar sobre essa mesma sociedade que controla.

Todas essas influências, que consistem em irritações sociais no Direito Penal como um todo, demarcam a vida humana, seus valores, suas expectativas, seus prognósticos para um mundo, construído no embate da sobrevivência ao longo da acumulação desigual dos tempos. O que se postula nada mais é senão o entendimento da inserção do tipo penal em seu universo de atuação, sua adaptabilidade, o que torna obrigatória a análise do fenômeno da tipicidade teoricamente possibilitada pela teoria do delito e pelos princípios do Direito Penal. Tudo isso, contudo, apenas ganha relevância na verificação do fenômeno social que cria o cenário para tais institutos existirem e, de algum modo, possuírem determinado significado e instrumentalização como ferramentas institucionais do mundo desencantado, portador da racionalização própria da cultura do ocidente.

O método, assim, estabelece-se partindo do paradigma construído pela teoria sociológica de Beck acerca da sociedade mundial do risco. Porém, a análise do Direito Penal não pode circunscrever-se às simples decorrências naturais de um subsistema social, como se este e aquela já estivessem predispostos e latentes a existirem na criação coletiva do homem. Ocorre, pois, a aceitação de um segundo critério, qual seja, a humanização dos processos sociais em sua inteireza inserir o Direito Penal em seu contexto de relações, restando por verificá-lo como mecanismo destinado a certos alcances. O tipo penal, conforme expressado, indica opção de

Poder, que, ao mesmo tempo em que impõe, permite a explicação das causas determinantes desse mesmo comando.

Todavia, importante destacar que se entende que a utilização de norma penal incriminadora aberta (tipo penal aberto) ou de lei penal em branco, como instrumentos redutores de complexidades, não significa romper com as garantias fundamentais previstas no Texto Maior ou, até mesmo, defender um estado de completa insegurança criminal, mas sim, responder às novidades geradas na sociedade de risco. Manter a idéia de tipo fechado aos modelos causal/finalista, é justamente o combustível da insegurança social.

Notadamente, tenta-se manter uma estrutura de imputação gerada e desenvolvida na sociedade moderna (pouca complexa) e afligir diretamente os mesmos postulados numa sociedade extremamente complexa e de risco.

Exemplo dessa situação contraditória é o fato de que o não-fechamento de um contrato de câmbio decorrente de uma exportação, portanto, a saída definitiva de mercadorias do território nacional, não atinge qualquer norma penal incriminadora brasileira, em que pese a tentativa (equivocada) de enquadrar o exportador no tipo penal constante no artigo 22, parágrafo único da Lei nº 7.492/86, pelo crime de “evasão de divisas”.

Frente a tal questão, os Tribunais pátrios têm reiterado o entendimento de atipicidade de conduta do exportador, uma vez que a “mercadoria exportada” não se enquadra no conceito de moeda e nem de divisas, em atenção ao tipo fechado, conforme decisão proferida nos autos do *habeas corpus* nº 2002.04.01.028979-0, cujo aresto se encontra publicado na Lex.³³⁸

³³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Habeas Corpus* nº 2002.04.01.028979-0. Impetrante: Luciano Fernandes Motta. Impetrado: Juiz Substituto da 1ª Vara Federal de Foz do Iguaçu/PR. Porto Alegre, 19 de agosto de 2002. **Lex**: Revista do Direito Brasileiro. São Paulo: Lex, n. 1, p. 154-159, 2003.

O exemplo supracitado materializa a idéia de que o tipo penal fechado não gera a segurança jurídica imaginada no início do Século, na atual sociedade de risco, já que deixa a esmo várias condutas nefastas e com resultados perversos para toda a sociedade. Somente com a idéia de tipo penal autopoietico, é possível acompanhar a evolução social, isto é, gerar mais complexidade na atual sociedade de risco.

4 A TIPICIDADE AUTOPOIÉTICA: PARA ALÉM DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A relação entre tipo penal autopoiético, sociedade de risco e imputação objetiva é inegável. O relacionamento entre estas três categorias ocorre em tamanha profundidade no subsistema penal que abandonar a análise dessas interações significaria desnaturar a própria complexidade de um novo paradigma jurídico.

O tipo penal contemporâneo é a estrutura do delito de maior normatização, fato que vem crescendo ao longo de seu desenvolvimento na evolução dogmática e alcança o ápice na sociedade pós-moderna. A sociedade de risco, por sua vez, não pode ser resumida como o simples cenário onde o tipo realiza sua normatização, mas, pelo contrário, deve ser proposta como a condição essencial para aquela mesma perda constante de objetividade e hermetismo.

A leitura da sociedade de risco permitiu a percepção do desencaixe que proporciona aos antigos corolários que modelavam a tipicidade penal, destruindo a própria metodologia penal consistente na elaboração dogmática de modo simplesmente estático e distanciado da realidade social. Todavia, a abertura do tipo penal aos novos modelos impostos pela sociedade de risco não pode ser feita de maneira ocasional e descontrolada. Os valores do Estado Democrático de Direito (como forma histórica de edificação política), de algum modo, devem ser respeitados e preservados.

Dessas correlações das novas formas assumidas pelo tipo penal normatizado com os atuais padrões de relacionamento humano, nasce exatamente a teoria da imputação objetiva.³³⁹ A imputação objetiva, nesse sentido, torna-se o instrumento

³³⁹ A relação entre a normatização do tipo penal e a teoria da imputação objetiva é a premissa inegável da construção e desenvolvimento do sistema teleológico funcional do Direito Penal. "Referir-se atualmente à teoria do tipo no Direito Penal é praticamente fazer referência à teoria da imputação objetiva, a qual está propiciando um desenvolvimento crescente do processo de normatização do juízo de tipicidade. [...] Não há dúvida de que a teoria da imputação objetiva está operando uma autêntica revolução na teoria da tipicidade, fruto de uma linha metodológica oposta à do finalismo. À fundamentação e sistematização ontológica que caracterizava o finalismo se tem oposto uma fundamentação e sistematização teleológica-funcional" (SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Traduzido por Nereu Jose Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 1-2).

capaz de, através de seus métodos dogmáticos, imputar um fato (ação e resultado) a determinado autor como sendo "obra" sua. Mais do que isso, essa imputação superará a subsunção lógico-formal do sistema penal fechado de Franz von Liszt (simples "enquadramento" do resultado – causalista) e a ação guiada pela vontade humana de Welzel (finalismo).

Nesse contexto, também, é a advertência que se colhe de Claus Roxin:

I. Problema do tipo na teoria causal e final da ação

O sistema jurídico-penal, 'clássico' alemão, desenvolvimento na virada do século principalmente por *Liszt* e *Beling*, fundamentava o tipo no conceito de causalidade. Considerava-se realizado o tipo toda vez em que alguém constituía uma condição para o resultado nele previsto, ou seja, toda vez em que alguém o causava, no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes. Acabava o tipo, assim, com uma grande extensão, pois, nesta perspectiva, praticou uma ação de matar não só aquele que disparou o tiro mortífero, mas todos os que contribuíram para o resultado com uma *condictio sine qua non*: o fabricante e o vendedor do revólver e da munição, aqueles que ocasionaram a desavença do qual resultou o tiro, até mesmo os pais e outros ascendentes do criminoso. As necessárias restrições à responsabilização jurídico-penal daí resultantes teriam de ser realizadas em outros níveis do sistema: na antijuridicidade ou, principalmente, na esfera da culpabilidade, onde se localizavam todos os elementos subjetivos do delito.

Contra este sistema levantou-se, por volta da década de 1930, a teoria finalista da ação, fundada principalmente por Welzel, que vê a essência da ação humana não no puro fenômeno natural da causação, e sim no direcionamento, guiado pela vontade humana, de um curso causal no sentido de um determinado fim antes tomado em vista. Esta compreensão da conduta como um ato finalístico, orientado a um objetivo, evita consideravelmente o *regressus ad infinitum* da teoria causal da ação, eis que, ao contrário dela, já analisa o dolo no nível do tipo, como a parte subjetiva deste. Em virtude disso, o posicionamento do dolo no tipo é aceito quase unanimemente pela ciência jurídica alemã.

O grande progresso que trouxe a teoria finalista da ação limita-se, porém, ao tipo subjetivo. Para a realização do tipo objetivo, considera ela suficiente a mera relação de causalidade, no sentido da teoria da equivalência. Com isso, o tipo continua demasiado extenso.

[...]

A teoria da imputação objetiva tenta resolver os problemas que decorrem destes e de outros grupos de casos, ainda a serem examinados. Em sua forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3).³⁴⁰

A imputação consiste não apenas num mecanismo factual e puramente causalista, mas reúne, em suas estruturas, a análise de relevância da conduta e

³⁴⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Traduzido por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 101-4.

permite verificar sua adequação ao tipo numa perspectiva de interesse funcional (fins da pena). Em outras palavras, o conteúdo e a extensão dos tipos penais incriminadores passam a ser delimitados não por si mesmos, conforme pretendeu o padrão clássico, mas através de fatores sociais (exógenos) incorporados ao sistema de forma racional pela imputação objetiva.³⁴¹

O tipo penal, como elemento integrante de um sistema dogmático até então visto como fechado em seus próprios princípios e inter-relações, é alterado no limite da modificação e compreensão desse sistema penal como um todo. A interdisciplinaridade da sociedade pós-moderna impõe a necessidade de certas flexibilidades como produto capaz de definir e incorporar as condicionantes do meio envolvente.³⁴²

Essa interdisciplinaridade redundando na introdução ao conteúdo do tipo penal de quase todos os campos do conhecimento humano cada vez mais vasto, tendo em vista seu caráter permanente de fragmentariedade. Ao fragmentar as espécies de condutas possíveis aos seres humanos em sociedade e eleger aquelas que, nos mais diversos ramos de atuação, consistem em tipos penais incriminadores (categorias do "real construído"), a parte especial da legislação penal transforma-se no resumo do mundo pela linguagem do ilícito. A vida, a propriedade material e imaterial,³⁴³ a honra, a economia, o meio ambiente, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, o tráfico ilícito de drogas, "lavagem de dinheiro", enfim, todas as instâncias de significados sociais assumem, em determinado aspecto, a posição de objetos tutelados pelo sistema penal, ou melhor, pelo subsistema parcial do Direito Penal.

³⁴¹ Nesse particular, ministra Camargo: "Na imputação objetiva realiza, na atualidade, uma função primordial na dogmática jurídico-penal, de forma a permitir que um fato seja imputado a alguém, desde que tenha relevância para o direito penal, e que inclua na sua concretização todos os elementos do crime a que corresponde este fato. Não se trata de uma simples subsunção, numa visão lógico-formal, mas de uma análise dos fatos através dos institutos do Direito Penal, com base, também, nos princípios que norteiam a interpretação dos tipos no Direito Penal atual" (CAMARGO, 2004, p. 87).

³⁴² Nesse sentido, como forma de apontar a importância dos papéis dos sistemas fechados e abertos vide obra de TEUBNER, 1989, p. 27-8.

³⁴³ Sobre a constante e larga criminalização das condutas afetas à propriedade imaterial, vide PASCHOAL, Janaina Conceição. Tudo em nome dos direitos autorais? **Boletim Ibccrim**, São Paulo, ano 12, n. 149, p. 16-7, abr. 2005.

Esse papel generalista do Direito Penal, além dos diversos problemas que podem ser apontados quanto a sua faceta simbólica e ineficiente, traz algumas ponderações no aspecto dogmático. Não é à toa que, cada vez mais, se tenta buscar um sentido material para as incriminações, o que se vislumbra de forma muito clara, exemplificativamente, nos crimes contra a ordem tributária e suas definições (tributárias) para a consubstanciação do tipo penal incriminador.

Efetivamente, não é mais qualquer supressão tributária (simplesmente formal) que tem o condão de configurar o crime de sonegação fiscal; seria necessário, para isso, a demarcação de uma quantidade mínima econômica (valor do crédito tributário) que, uma vez obtida, alcançaria o grau de relevância para a incidência e perfazimento material da norma penal incriminadora prevista nos tipos penais observados na Lei nº 8.137/90 (princípio da insignificância³⁴⁴ ou “crime de bagatela”). No Brasil, a questão é exposta com precisão por Luiz Flávio Gomes, em artigo intitulado: “Princípio da Insignificância no Âmbito Federal: Débitos até R\$ 10.000,00”.³⁴⁵

³⁴⁴ Oportuno registrar que o princípio da insignificância está estreitamente ligado ao conceito material de tipo, sendo observado na atualidade como excludente de tipicidade.

³⁴⁵ A CLAUS ROXIN se deve à reintrodução do velho princípio da insignificância no direito penal, desde a década de 60 do milênio passado. Pequenas ofensas ao bem jurídico não justificam a incidência do direito penal, que se mostra desproporcionado quando castiga fatos de mínima importância (furto de uma folha de papel, de uma cebola, de duas melancias etc.). Dogmaticamente falando, já não se discute que o princípio da insignificância (ou da bagatela, como lhe denominam os italianos assim como Tiedemann) exclui a tipicidade, mais precisamente a tipicidade material, consoante recente decisão do STF (HC 84.412-0/SP, Celso de Mello). Os penalistas clássicos não admitiam a insignificância como causa de exclusão de tipicidade por duas razões: a) porque não conheciam a relevância dos princípios (especialmente os de política criminal) no direito penal; b) porque concebiam a tipicidade exclusivamente em seu sentido formal (conduta, resultado naturalístico nos crimes materiais, nexos de causalidade e relação de tipicidade). Ainda é uma grande novidade, para muitos professores e estudantes, a divisão da tipicidade penal em formal e material. De qualquer modo, partindo-se de uma visão constitucionalista da teoria do delito (GOMES, L. F. **Teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: RT, 2004), esse desdobramento resulta absolutamente necessário. Em suma: “[...] já praticamente ninguém nega a relevância do princípio da insignificância (ou da bagatela) no direito penal. Não há dúvida de que é um princípio de política criminal, mas adotado e aplicado diariamente pelos juízes e tribunais. Dificuldade ainda existe no que concerne à sua exata configuração (Basta a insignificância da conduta ou do resultado? Ou ainda devemos também considerar características pessoais do agente? Qual seria a medida precisa para se dizer que um fato é insignificante?). A jurisprudência brasileira, em cada caso concreto, vem se posicionando (e, em geral, de modo absolutamente razoável). Para que um fato seja reconhecido como insignificante, muitos fatores devem concorrer. No âmbito dos tributos ou das contribuições sociais, por exemplo (crimes tributários, de descaminho e previdenciários), o critério central reside no valor mínimo exigido para que se proceda a uma execução fiscal (STJ, REsp 573.398, Rel. Min. Felix Fischer, J. 02.09.2004). Particularmente, no que concerne ao âmbito tributário federal, no princípio, consolidou-se o entendimento no sentido de se aplicar a insignificância para possibilitar o

De fato, cada um dos bens jurídicos possibilitaria um conjunto de princípios genéricos respectivamente a estes atinentes, o que obriga o subsistema penal constantemente (re)atualizar seus conceitos de vida, honra, costumes, economia, finanças, tributos etc. Encontrar-se-ia, assim, uma teoria geral para cada um dos diversos grupos de tipos incriminadores da parte especial. Os tipos de furto, roubo, apropriação indébita, estelionato deveriam remeter-se a um conceito específico e material de propriedade. O aborto, o homicídio, o infanticídio e o induzimento ao suicídio, por sua vez, estariam intimamente ligados ao problema da conceituação concreta da vida. Essa idéia genérica (quanto aos tipos) e específica (quanto ao bem jurídico) é orientadora das particularidades e nuances de um novo elemento da tipicidade, qual seja, os elementos sistêmicos implícitos do tipo penal.³⁴⁶

O problema que aqui se coloca para aprofundamento, porém, não é exatamente este, mas sim a dificuldade com que a sociedade de risco impõe a própria noção conceitual daqueles mesmos bens jurídicos. Além disso e independentemente da conceituação de vida ou patrimônio – o que pode ser feito através da argumentação no discurso ostentoso e seu consenso –, a sociedade de risco trouxe ao tipo penal o problema específico do risco, o qual, de alguma forma,

trancamento da ação penal em relação aos impostos inferiores a R\$ 1.000,00 (cf. art. 1º da Lei nº 9.469/97 e ainda art. 20 da MP 1.542-28/97 – STJ, HC 34.281/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, J. 08.06.2004). Com a entrada em vigor da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, esse valor foi alterado para R\$ 2.500,00.

Até esse montante, entende a jurisprudência que não se trata de valor lesivo (ofensivo) de modo relevante aos cofres públicos. Formalmente, trata-se de conduta típica, mas, materialmente, não está presente o requisito do resultado jurídico relevante, que consiste, no caso, no interesse fiscal da Administração Pública (STJ, HC 34.281/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, J. 08.06.2004).

A novidade na matéria, agora, reside na Portaria nº 49, de 01.04.2004, do Ministro da Fazenda, que autoriza a) a não-inscrição como dívida ativa da União de débitos com a Fazenda Nacional de valor até R\$ 1.000,00 e b) o não-ajuizamento das execuções fiscais de débitos até R\$ 10.000,00. Ora, se esse último valor não é relevante para fins fiscais, com muito maior razão não o será para fins penais. Débitos fiscais com a Fazenda Pública da União até R\$ 10.000,00, em suma, devem ser considerados penalmente irrelevantes. Se sequer é o caso de execução fiscal, com maior razão não deve ter incidência o direito penal” (GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância no Âmbito Federal: Débito até R\$ 10.000,00. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, n. 30, p. 13-4, fev.-mar. 2005).

³⁴⁶ Acerca dos problemas específicos da parte especial e sua necessidade de princípios próprios e, tantas vezes, tensão com a parte geral: “[...] o que nos propomos é tão simples verificar que algumas específicas necessidade da PE desafiam um princípio tão incontestado e seguramente estabelecido como é o da legalidade (no caso, na sua veste de tipicidade), testando os seus próprios limites. Uma vez mais, pois, a abstração da PG no seu confronto com a concreta dimensão que a PE encerra. Uma vez mais um afloramento da tensão normativa entre PG e PE” (COSTA, José de Faria. **Direito penal especial**: contributo a uma sistematização dos problemas ‘especiais’ da parte especial. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 70).

deve ser introduzido e manipulado no seio da norma através da teoria da imputação objetiva e da teoria sistêmica autopoiética.

A imputação objetiva deve ser capaz de manipular o conceito de risco no cerne da tipicidade de modo a permitir que as apresentações, à primeira vista formais, sejam capazes de resolver, de modo satisfatório, diversos conjuntos de casos. Na hipótese contrária, far-se-á uma dogmática insossa desprovida de contato com o mundo real, culminando no cenário atual de total indiferença dos acontecimentos sociais tutelados com as proibições eventualmente formuladas pelo Direito. Essa indiferença, aliás, é fruto das contradições (desencaixe) já apontadas entre um sistema penal que espelha certas relações de produção (capitalismo industrial) absolutamente dissonantes daquelas vivenciadas e decorrentes do atual estágio das forças produtivas capazes da autodestruição (sociedade de risco).

A correlação, portanto, entre Direito Penal e sociedade de risco faz-se exatamente na noção do risco,³⁴⁷ a qual, funcionalmente, deve "contaminar" toda a observação e alcance dos tipos incriminadores, utilizando-se para isso dos instrumentos da imputação objetiva e da autopoiesis. A esse corte e centralização do problema do tipo penal no risco tampouco é pertinente tranqüila aproximação. Se a sociedade de risco é um fenômeno apreensível e, se de fato aniquila com a possibilidade atual de utilização de um subsistema penal casualista/finalista tradicional, por outro lado, a denominação do conceito de risco encontra as mais diversas concepções em seus estudiosos. Se o interesse pelo risco assumiu posição de destaque nas ciências modernas, ao mesmo tempo, permanecem abertas as respostas acerca do que é (?), como conhecer (?) ou como valorar (?) esse importante elemento.

A premissa da existência material dos riscos, conforme apregoa Beck, parece acertada e não-passível de críticas, o que culmina na afirmativa de uma existência ontológica dos riscos. Essa existência ontológica para fins penais redundará na utilização de tipos incriminadores num sentido regulador dos padrões mínimos de

³⁴⁷ Ver RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Montevideo – Buenos Aires: Ibdef, 2007, p. 129-46.

comportamentos que, embora potencialmente perigosos, se encontram dentro das margens de tolerância (suportabilidade). Assim, o Direito Penal que visasse a suprimir todos os riscos não teria funcionalidade social frente à própria complexidade social. Ao mesmo tempo, afirmar a ontologia dos riscos, como sua existência real, não significa a compreensão total do fenômeno, uma vez que o subsistema penal, por meio dos tipos, deve conceber que a existência dos riscos não é semelhante à atenção social e política que estes efetivamente possuem.³⁴⁸

O momento de produção dos riscos, portanto, é diferente do grau de atenção que esta produção de riscos alcança na consciência política e social. Derivam daí as diferenças temporais entre reflexividade (produção dos riscos) e reflexão (conhecimento dos riscos), como ambos fenômenos da sociedade de risco. Mesmo que se admita, assim, que os riscos existem, aquilo que é imiscuído no tipo penal incriminador não se trata dos limites de suportabilidade dos riscos em si mesmos, mas dos limites de suportabilidade que a sociedade é capaz de conceber em face da atenção que despendem aos acontecimentos diários (limites cognitivos).

O risco no tipo penal não significa a introdução natural dos riscos existentes, mas da concepção normativa que se é capaz de ter acerca deles. Desse modo, o "Direito Penal do risco" tem o risco ontológico apenas como um referencial indireto, pois, entre um e outro, há a mediação da valoração política e cultural capaz de efetivar um conceito jurídico-penal e as respectivas margens de tolerância. Não é por acaso a constante afirmação do Direito Penal como fenômeno de poder, uma vez que a proibição não resulta do próprio risco, mas da leitura cultural, legislativa e judiciária que a este se sobrepõe.

O fato é que o risco para o subsistema penal é sempre o que é concebido culturalmente (reflexão), posto que aquilo que realmente é está fora das possibilidades da própria humanidade. A objetividade do risco, desse modo, não obstante sua importância como entendimento da reflexividade, apenas figura como um conceito complementar e gasoso, pois o tipo penal articulará, por meio da

³⁴⁸ "Aqui hay que distinguir exactamente entre la atención cultural e política y la difusión real de los riesgos". (BECK, 1998, p. 50-1).

imputação objetiva, sempre a conceituação social do risco. Atinge-se, assim, o ponto crucial desta Tese, qual seja, o tipo penal sempre compreenderá um risco socialmente construído, ocasionando a necessidade constante da deliberação pública acerca das funções e limites que o Direito Penal teleológico deve alcançar quando da observação da tipicidade normativa autopoietica.

Ao mesmo tempo em que a diferenciação sobre os riscos é o fator preponderante, já que os riscos em si mesmos não são objeto de possível cognição, a análise desse conhecimento apresenta característica claramente dinâmica. Os diversos fatos que normalmente ocorrem no cotidiano da sociedade criam cenários que possibilitam a etiqueta de insuportável para acontecimentos antes toleráveis. As certezas científicas na sociedade de risco, de acordo, mais uma vez, com Beck, são constantemente colocadas à prova (desencantamento do desencantamento), de forma que o futuro se transforma num momento absolutamente imprevisível. A suportabilidade dos riscos, destarte, também apenas se dá na medida em que ainda seja possível vislumbrar um porvir razoável. A negação e a tentativa de supressão dos riscos tornam-se o modo pelo qual a sociedade tenta alguma estabilidade em suas projeções. Como afirma Raffaele de Giorgi, o risco socialmente concebido é um "vínculo com o futuro"³⁴⁹ ou, nas palavras de François Ost,

[...] a idéia de direito' é a força instituinte do direito positivo instituído; é a representação da ordem social desejável que uma comunidade faz em dado momento da sua história; é a imagem do futuro que ela projecta no futuro. A república, os direitos do homem, o federalismo, a igualdade, constituíram e constituem hoje ainda alavancas históricas desse género.³⁵⁰

Diante dessa normatização do conceito de risco, nada mais natural – tendo em vista a relação de tutela – que também seja normatizado o conceito de tipo como reflexo da adequação do subsistema penal ao todo social. A função do tipo penal, portanto, deixa de ser a proibição como forma de realização do imperativo categórico, mas sim, de possibilitar aos cidadãos o grau mínimo de confiança de que os riscos insuportáveis não serão realizados indevidamente nas instâncias de relacionamento privado ou público.

³⁴⁹ GIORGI, 2006, p. 54.

³⁵⁰ OST, François. **O Tempo do Direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 230-1.

Para evitar tais desilusões e a conseqüente manutenção das expectativas normativas, o subsistema penal se expande e torna-se adaptável, devendo sempre ser orientado funcionalmente, configurando-se novos subsistemas parciais, como o penal econômico, penal tributário etc. Os tipos penais deixam de esgotar lingüisticamente suas possibilidades de ocorrência dos atos proibidos e criminosos (fechados). Os liames de imputação consistentes nos elementos subjetivos do tipo (dolo e culpa) abandonam sua faceta descritivo-psicológica ("querer") e alcançam um grau normativo-atributivo ("responsabilizar").

Esse manuseio do risco dentro da estrutura do tipo penal normatizado, conforme asseverado, é responsabilidade dos critérios de imputação objetiva e da autopoiesis, os quais, nem de longe, permitem vislumbrar a possibilidade de uma doutrina uníssona. De toda a forma, a análise dos autores mais destacados na construção teórica da imputação objetiva, sempre relacionada a grupos de casos práticos, possibilita algumas conclusões comuns acerca da relação entre esta, o tipo penal e a sociedade de risco. Os instrumentos de imputação objetiva, de qualquer modo, fazem parte da visão de um Direito Penal como um sistema aberto (funcional) mais do que isso, gradativamente mais relacionado, de forma intrínseca, com a tipicidade penal.

Por conseguinte e diante de todo o exposto, é necessária a visualização dos concretos contornos dogmáticos aos quais essa nova realidade do risco sujeita o tipo penal incriminador³⁵¹ no seio da teoria do delito.

4.1 O sistema penal aberto autopoietico

O conceito de sistema penal aberto não pode ser confundido com a idéia de tipo penal aberto, por se tratar o primeiro de denominação mais abrangente (generalizante) que o segundo. O subsistema parcial do Direito Penal é construído sobre as bases daquilo que consiste na própria noção de um saber sistemático

³⁵¹ Seguindo a orientação de Jakobs: "Assim, a teoria da imputação objetiva trata de definir a conduta típica, mais além dos elementos fáticos-naturais e de acidentes particulares da infração, normativamente com significado (objetivo) típico" (CALLEGARI, 2004, p. 21).

social, ou seja, a busca dos diversos conhecimentos acerca das variadas categorias colocadas sob uma idéia; no dizer de Kant, a "totalidade de conhecimentos ordenada sob princípios".³⁵²

Inclusive, importante ressaltar que o Direito é um sistema autopoietico de segundo grau, conforme acentua Teubner:

Constituirá o Direito um sistema autopoietico? Poder-se-á considerar que o sistema jurídico constitui um sistema que se reproduz a ele próprio? A resposta não pode deixar de ser um convicto sim. O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistemáticos e à articulação destes num hiperciclo.³⁵³

Nesse sentido, o sistema percebe-se aberto a partir do momento em que os princípios sob os quais as suas categorias intrínsecas passam a ser orientadas se encontram fora dos limites (da estrutura) dessas mesmas categoriais, ou ainda, situam-se no exterior dos aspectos inerentes ou construídos no seio desse sistema. Essa orientação do subsistema penal – formado por seus elementos ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade³⁵⁴ – sempre foi encarada, ao menos até o advento do funcionalismo, de modo fechado. Em outras palavras, a iluminação da aplicabilidade desses elementos sempre derivou de aspectos meramente jurídicos (positivismo) ou de princípios ideológicos traduzidos como verdades jurisdicionadas e imemoriais (neokantianos), ambos sem espaço para anseios sociais induzidos ao nível sistemático.

A percepção da necessidade de um sistema aberto para o Direito Penal foi produto exatamente da impossibilidade de essas modalidades herméticas atuarem no espaço produzido pela pós-modernidade com notória contribuição teórica da autopoiesis.³⁵⁵ De alguma forma, o Direito Penal teria que se adaptar à realidade

³⁵² ROXIN, 2002, p. 188.

³⁵³ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 53.

³⁵⁴ Conceitos que, na verdade, têm a função de reduzir a complexidade social.

³⁵⁵ Nessa linha de pensamento, denuncia Teubner: "Qual o contributo fundamental da teoria da autopoiesis para a compreensão do direito? Em particular, o que é que ela pode oferecer de novo relativamente à visão do direito como um sistema aberto, proposta pelas teorias cibernéticas e funcionalisto-sistémicas" (TEUBNER, 1989, p. 27).

social, que se transformava com tamanha complexidade e que, exatamente por isso, escapava das barreiras que os modelos penais tentavam impor a si mesmos.

Embora não se possa confundir o sistema aberto com o tipo aberto, uma vez não se tratarem de expressões sinônimas, os fenômenos que propiciaram as respectivas aberturas são os mesmos, de sorte que pode ser dito que a tipicidade aberta nada mais significa do que uma faceta proporcional e setorizada da abertura da estrutura do Direito Penal para a realidade social.

A partir do momento em que se analisa a alteração das configurações do tipo penal na sociedade de risco, vista como um caminho de normatização crescente, isso também passa a implicar a forma de inserção desse tipo penal aberto num sistema, mais abrangente, de Direito Penal também aberto. Aliás, a compatibilidade do tipo e do sistema aberto através da teoria dos sistemas autopoieticos é que garante as decisões jurídicas racionais, fechando o espaço para as arbitrariedades tão indesejáveis e, por fim, gerando mais complexidade.

Acerca da influência da teoria sistêmica autopoietica na configuração do sistema aberto, assevera Teubner:

De facto, a teoria dos sistemas autopoieticos está assente no pressuposto de que a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental de auto-referencialidade das suas operações e processos. Isso significa que só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzindo-se como tais, como sistemas distintos do respectivo meio envolvente. São as próprias operações sistêmicas que, numa dinâmica circular, produzem os seus elementos, as suas estruturas e processos, os seus limites, e a sua unidade essencial.

A idéia de auto-referência e autopoiesis pressupõe que os pilares ou bases do funcionamento dos sistemas residem, não nas condições exógenas impostas pelo meio envolvente às quais tenham de se adaptar da melhor forma possível (como era entendido pela teoria dos sistemas abertos), mas afinal no próprio seio sistêmico. Ou dito de outro modo, os sistemas procuram essas bases num movimento de auto-descrição que, funcionando como um programa de orientação interno, organiza o sistema de forma que as respectivas operações correspondam a essa mesma auto-descrição.³⁵⁶

³⁵⁶ TEUBNER, 1989, p. 31-2.

Se a normatização do tipo é acompanhante da normatização do sistema, o âmbito penal supera o positivismo (tecnicista ou neokantiano) e adapta-se ao meio envolvente, mas, ao mesmo tempo, mantém sua previsibilidade em outros parâmetros.

O tipo penal aberto decorreu do aumento significativo dos elementos normativos do tipo, os quais arrebataram com a visão do delito-tipo (fechado) propugnado por Beling.³⁵⁷ Além disso, as comunicações sociais tornaram impossível a verificação de um tipo verdadeiramente fechado, pois as relações sociais ficaram complexas demais para a estreiteza da tipicidade que significava pelo simples fato de existir. Esse fenômeno gradativamente foi percebido com o reconhecimento da existência daqueles elementos normativos do tipo, os quais foram demonstrando a fraqueza dos argumentos dos defensores de elementos típicos que pudessem, de fato, apenas descrever uma parcela do mundo, prescindindo de momentos axiológicos.³⁵⁸

O advento dos tipos abertos recebe como crítica o mesmo conteúdo negativamente atribuído ao sistema penal aberto como um todo, qual seja, a relativização da rigidez dos princípios básicos do Direito Penal liberal, como a legalidade, a taxatividade, a certeza jurídica, dentre outros. De fato, tais princípios perdem sua leitura da forma como se estabelecia até então, uma vez que o conteúdo que a eles era adstrito estava em consonância com as modalidades de um sistema fechado.

Ocorre que a leitura ofertada até então não pode ser vista como a única possível, uma vez que se coloca, inclusive, em contradição com as possibilidades de

³⁵⁷ “Todo delito-tipo traça fundamentalmente o quadro abstrato de um acontecimento vital de determinada classe, e conta com que o exame dos fatos humanos estabeleça se eles correspondem a esse quadro” (BELING, Ernst von. **Ação Punível e a Pena**. cit., p. 34).

³⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS aponta como os elementos normativos foram ganhando espaço e, em consequência, relativizando a verdade acerca da própria possibilidade de existência de elementos descritivos: “Os elementos normativos do tipo legal são muito mais numerosos do que originariamente se supunha, como demonstrou WOLF, porque mesmo supostos puros conceitos descritivos, como homem ou coisa, são conceitos normativos, ou seja, exigem uma valoração jurídica orientada para a antijuridicidade: a extensão do conceito de coisa em relação aos animais ou a energia, por exemplo, assim como o juízo sobre a existência (já ou ainda) de um ser humano, como objetos de proteção do direito penal, não podem ser reduzidos a elementos meramente descritivos” (SANTOS, Juares Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 35).

tutela das relações sociais hoje reproduzidas. O sistema aberto não significa, per si, a perda da segurança jurídica, da mesma forma que o sistema fechado também não representa em si mesmo uma possibilidade infalível de segurança. O arbítrio da utilização política do sistema penal não advém de ser o sistema penal aberto ou fechado, mas sim, do real grau de comprometimento ou desprezo que a sociedade tem em face da dignidade historicizada da pessoa humana.³⁵⁹

Desse modo, afirmar a necessidade de segurança jurídica em termos absolutos é um equívoco, porque a própria segurança jurídica é um ideal inatingível, que apenas serve para descobrir a oculta intenção de fazer da segurança jurídica um fim em si mesmo, encobrendo outros interesses.³⁶⁰

É corriqueiro que, em nome de ideais políticos direcionados a um controle social mais amplo, seja usado o discurso de um Direito Penal fundado no sistema fechado, próprio de um sistema penal totalitário, capaz unicamente de servir a ideologias de dominação,³⁶¹ como se a adoção do sistema aberto fosse um perigo para a vida em sociedade. Nesse aspecto, cabe trazer à baila Camargo: “[...] o sistema aberto de direito penal não se configura como algo arbitrário”.³⁶²

Nada de perigoso existe na adoção de um sistema aberto para o Direito Penal, pois o código/programas de cada uma das modalidades de subsistema gera a estabilidade social (ou “segurança”). O medo do subjetivismo nas decisões é produto de uma retórica que serve ao ideal despótico estatal. Pensar o contrário seria ignorar que a sociologia conta com métodos de pesquisa e elaboração científica, que já alcançaram considerável nível de maturidade.

³⁵⁹ O raciocínio aqui utilizado é semelhante ao de GIMBERNAT ORDEIG, o qual assevera que os graus de comprometimento com o princípio da dignidade da pessoa humana são muito mais decisivos que a utilização desta ou daquela categoria jurídica. "E pode-se propugnar um Direito Penal baseado no livre-arbítrio e, não obstante, partir de uma ideologia fascista insensível aos valores fundamentais da pessoa. Precisamente na Alemanha deve-se recordar que o Direito Penal do terror não é um monopólio do Estado nacional-socialista, e que ainda no III Reich abusou-se do Direito Penal em países eminentemente católicos nos quais duvidar da demonstrabilidade do livre-arbítrio é quase uma heresia" (ORDEIG, Enroque Gimbernat. **O futuro do direito penal**. Traduzido por Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 12).

³⁶⁰ FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988. p. 66-71.

³⁶¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 145-6.

³⁶² CAMARGO, 2002, p. 26.

Ademais, o risco de decisões arbitrárias existe justamente onde o sistema é fechado. Uma das pretensões mais importantes do sistema fechado é que todas as situações faticamente possíveis venham descritas em lei. Todavia, bem se sabe, isso é impossível, devido a um fator antropológico, pois o ser humano é um ente dotado de inteligência limitada, não sendo, por isso, capaz de prever todas as situações possíveis, tampouco, de descrevê-las com o detalhamento que o princípio da taxatividade exige. Ou seja, sempre haverá casos não previstos pelo legislador, que, aliás, no tempo presente, evolui numa espiral graças à vertiginosa dinâmica social da sociedade contemporânea.

Se é assim, como encontrar, no positivismo jurídico, solução para os denominados *hard cases*, sem recorrer a princípios ou a critérios que sejam próprios de um sistema aberto, uma vez que tal recurso levaria a uma insegurança jurídica? O que acontece, na prática, é que, diante de um caso de difícil solução, por não estar previsto no sistema fechado, o julgador acaba por decidir sobre casos não-previstos ou inusitados.

Da mesma forma, é falsa a idéia de que o uso do sistema fechado na aplicação das normas não dá lugar a dúvidas ou dificuldades, nem comporta escolha discricionária, porque todas as normas padecem de certo grau de vaguidade e, por isso, também a aplicação de qualquer regra é, na maior parte dos casos, discricionária e controvertida.

Por outro lado, a finalidade do sistema penal aberto é possibilitar a orientação das categoriais – dentre elas, a tipicidade aberta autopoiética – através de uma racionalidade que, antes de significar qualquer falta de comprometimento com a certeza jurídica, permita a efetiva interdisciplinaridade na aplicação da norma penal incriminadora e a respectiva sanção. A normatização do sistema se estabelece no sentido de formatar a construção da dogmática configurada com a função que deve cumprir socialmente. Para isso, verifica-se a afirmada reformulação significativa da tipicidade penal.

A sistemática aberta do subsistema penal significou, na leitura inicial de Roxin para resolução sempre de conjuntos de casos, a introdução na dogmática de um elemento até então estranho e incomunicável; a política criminal. Trazendo esse enfoque para o universo do tipo penal aberto, a política criminal será constituída como um elemento capaz de verificar o alcance das normas incriminadoras, outorgando-lhes significado contextualizado e historicizado, portanto, capaz de abandonar a idéia de busca verdadeira do sentido da norma como se esta realmente o possuísse. Uma aproximação simples com essa maneira de pensar leva a crer que, de fato, se estaria diante de uma hipótese arbitrária, uma vez que a norma poderia assumir contornos imprevisíveis. Todavia, o sistema aberto possui sua fórmula própria de verificação da tipicidade incorporada socialmente, e esses mecanismos são exatamente a teoria sistêmica autopoietica.

A introjeção no tipo da tolerância dos riscos que impõe sua maior normatização, ao mesmo tempo, demanda da imputação objetiva uma fórmula racional e argumentativamente justificante desses limites do risco produzidos na concepção social e traduzidos para o Direito. A sociedade de risco, ao se incorporar à tipicidade, faz com que os limites dessa tipicidade aberta sejam extraídos dos limites de suportabilidade de agressões determinadas, ou seja, daquelas que ultrapassam as fronteiras do risco permitido como critério de criminalização (âmbito de proteção da norma – incremento do risco).

Particularmente, o estudo da imputação objetiva tem, nessa relação com o tipo aberto, a sua razão de existir. As críticas sofridas pela imputação objetiva e o tipo aberto derivam exatamente dessa incompreensão dos paradigmas de um novo sistema jurídico-penal aberto autopoietico, que, exatamente ao romper com os padrões vigentes, apresenta uma nova cena da história universal (sociedade de risco). A tradição de todas as gerações passadas certamente oprime, como um pesadelo, o jurista em face de seus novos desafios, que resultam em abandonar as características então imemorais de um ultrapassado sistema fechado.

4.2 Tipo penal e a teoria da imputação objetiva

A teoria da imputação objetiva,³⁶³ desde os primórdios de seu surgimento, tem como finalidade precípua resolver o problema da imputação de um determinado resultado a um ato prévio realizado pelo autor ou como denuncia Callegari: “Teoria que conduz a um filtro objetivo para a imputação de um resultado”.³⁶⁴ Do mesmo modo que privilegia o tipo objetivo, isto é, o ponto de gravidade do delito se desloca para a face do tipo objetivo, dando maior ênfase a essa questão do que deram as concepções causal e finalista.³⁶⁵

Entretanto, o problema decorre fundamentalmente da dificuldade da realização do juízo de tipicidade em vista da aplicação da teoria da equivalência das condições³⁶⁶ ou *conditio sine qua non*. Tal teoria, se levada aos extremos, responsabilizaria o primeiro humano por todas as mazelas do mundo, posto que o método hipotético de retirada do ato e verificação da permanência causal é capaz apenas de demonstrar a causalidade fática, porém não a relevância jurídica especificada. Poder-se-ia dizer que o resultado criminoso deve possuir uma

³⁶³ Enrique Bacigalupo oferece a seguinte opinião sobre a teoria da imputação objetiva: “Esta teoría, que tiende a imponerse ampliamente en la actualidad, reconoce sus orígenes – como acaba de verse – en la teoría de la relevancia. Su punto de partida es el reemplazo de la relación de causalidad, como único fundamento de la relación entre la acción y el resultado, por otra relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado. Por lo tanto: comprobada ya la causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar:

1. Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado.

2. Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Ambos juicios de partida son deducidos de la función del derecho penal. Este sólo tiene por objeto acciones que crean para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que se hubiera podido evitar. De ello pueden deducirse criterios que permiten deducir, ya en el nivel de la tipicidad, comportamientos que son irrelevantes para el derecho penal”. (BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**: parte general. Madrid: Akal/iure, 1997. p. 188).

³⁶⁴ CALLEGARI. 2001, p. 17.

³⁶⁵ ROXIN, 2006, p. 114-6.

³⁶⁶ Paul Bockelmann e Klaus Volk escrevem acerca da teoria da equivalência das condições: “A questão sobre a existência de uma relação entre a conduta do agente e o resultado produzido é respondida pela jurisprudência dos tribunais penais, segundo os princípios da *teoria da condição* (cf. BGH 1, 332; 2, 24; 7, 114), sendo que esta última identifica causas e condições. Cada condição do resultado é causa e condição. Cada condição do resultado é causa e condição é tudo aquilo que não pode ser excluído sem que o resultado também precise sê-lo, é toda *conditio sine qua non*. Em sua qualidade de causa do resultado, todas as condições são equivalentes. Por isso, a teoria da condição também é chamada de teoria da equivalência das condições ou teoria da equivalência” (BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal**: parte geral. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: DelRey, 2007. p. 77).

causalidade jurídica (normativa), que, por muitas vezes, pouca ligação apresenta com uma postura ontológica (sensível e aparente) da relação entre causa e consequência.

Luís Greco resume a teoria da imputação objetiva, *ipsis litteris*:

Sintetizando: a teoria da imputação objetiva é algo por um lado simples, porque ela enuncia o conjunto de pressupostos que fazem de uma causação objetivamente típica; e estes pressupostos são a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.³⁶⁷

O desenvolvimento da teoria da imputação objetiva tem seu início com os trabalhos de Larenz e Honig, os quais pretendem estabelecer a vinculação de um resultado ao atuar com um sentido bastante distinto da simples relação de causalidade. A teoria de Larenz, consistente em separar os acontecimentos imputáveis daqueles fortuitos, apóia-se na filosofia idealista, com destaque para a obra de Hegel, sempre com a meta de construir critérios para determinar quando e se um fato é obra de um sujeito.³⁶⁸

Para Larenz, o fundamento último da imputação é a vontade, assim entendida como uma expressão do próprio "eu", capaz de possibilitar a identificação da individualidade em determinada ocorrência. A vontade é entendida como a capacidade humana que, além de pressupor a liberdade, se concretiza no estabelecimento de objetivos, bem como, na potencialidade de direção do curso causal para a obtenção daquela meta já previamente estabelecida.³⁶⁹ Daí resultar que a imputação objetiva em Larenz ganha os contornos de um juízo teleológico, fundamentado na possibilidade de prever e evitar um resultado e, principalmente, no "poder da vontade em dominar o acontecimento causal".³⁷⁰

³⁶⁷ GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 9.

³⁶⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005. p. 85-100.

³⁶⁹ Destaca-se, ademais, que a vontade se concretiza no fato através da capacidade que possui o agente para estabelecer objetivos e dirigir o processo causal em direção a determinado resultado. A vontade domina, assim, os acontecimentos da natureza e as transforma em fatos próprios (pessoais) (PRADO, Luis Regis; CARVALHO, Erika Mendes de. **Teoria da imputação objetiva do resultado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32).

³⁷⁰ CAMARGO, 2002, p. 62.

A teoria de Honig, por sua vez, da mesma forma, tentando alcançar alternativa à causalidade, vislumbra complementar o curso causal com o elemento adicional da presunção objetiva da finalidade. Assim, para o juízo de imputação objetiva, a teoria da causalidade transforma-se apenas num aspecto adicional. Apenas a real busca da finalidade pretendida pelo agente (persecução) é o ponto capaz de separar definitivamente os resultados claramente fortuitos daqueles que podem ser imputados a alguém. Existe, portanto, uma finalidade objetiva, e exatamente esta é o centro da imputação.³⁷¹

As teorias apontadas aqui apenas possuem um caráter ilustrativo no sentido de demonstrar como a imputação objetiva sempre teve a propulsão exatamente no encontro de formas alternativas às teorias da causalidade, fazendo com que estas abandonassem um lugar central na imputação e passassem a ocupar uma posição secundária e periférica.

A relação concreta e próxima entre a tipicidade e a imputação objetiva (e ulteriormente o sistemismo autopoietico) se demonstrará de forma mais clara, contudo, com as teorias seguintes, que apontam para a imputação objetiva como uma ferramenta do nexo jurídico de causalidade e de imputação do resultado típico (como Roxin e Jakobs). A imputação objetiva importa na reformulação da tipicidade, abrindo definitivamente o espaço para os tipos penais abertos aglutinadores dos riscos proibidos responsáveis pela subsunção do fato vivenciado.

Se o tipo aberto significa a adequação penal a uma sociedade de risco, em que a causalidade não consegue mais ser verificada como outrora, a imputação objetiva, como ferramenta de manuseio típico, consistirá na oposição aos modelos clássicos de causalidade totalizadores. A evolução da imputação objetiva e, em consequência, dos tipos abertos da sociedade de risco, transforma-se numa teoria

³⁷¹ O importante é saber se o sujeito podia, com seu comportamento, realizar ou evitar o resultado. A aferição da dirigibilidade do processo causal dependerá, em todo caso, de um exame de cada hipótese em particular. Em conclusão: só terão significado jurídico aquelas relações causais regidas pela vontade humana, ou seja, aqueles processos causais cujo curso seja passível de precisão e de direção. Apenas os resultados previsíveis e dirigíveis pela vontade são imputáveis e somente a imputação objetiva permite a afirmação da tipicidade de uma ação. A imputação objetiva do resultado é, dessa forma, um pressuposto da tipicidade do comportamento (PRADO; CARVALHO, 2002, p. 36).

própria do sistema penal; "uma alternativa plenamente sustentável frente à teoria da causalidade".³⁷²

4.2.1 A proposta teórica de Claus Roxin

O pensamento de Claus Roxin, conforme já se apontou em diferentes passagens deste trabalho, não derivou de simples modificações nas categorias da teoria do delito vistas em si mesmas. Pelo contrário, o pensador partiu de uma constatação bastante simples e que se fazia, ao mesmo tempo, premissa e necessidade. Em outras palavras, a obra de Roxin apenas pode ser compreendida como o peremptório corte da ciência penal com o modelo positivista, inspirado por Fraz von Liszt.

O rompimento da barreira "intransponível" entre dogmática penal e política criminal, no instante em que possibilita a formulação dos preceitos funcionalistas (premissa), importa também na despedida completa de toda a orientação filosófica fundamentadora do positivismo e, por isso, inconsistente na sociedade de risco atual (necessidade).³⁷³

Nada mais arbitrário que um tipo fechado que não considera as relações sociais que lhe outorgam razão de existência. O mundo humano é o mundo dos sentidos sociais³⁷⁴ e, se o tipo penal deseja representar sentidos dessa natureza, apenas o fará recorrendo à normatização do sistema e respectivas categorias. O interesse jurídico-penal terá sua relevância e seus limites intrometidos no tipo e na relação de tipicidade, os quais, exatamente por projetarem esses fatores, estarão sempre adstritos à racionalidade interpretativa historicamente localizada.

³⁷² RAMIREZ, Juan Bustos. La imputación objetiva. *In: Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000. p. 212.

³⁷³ Histórica é a passagem de Roxin em que a autor define o ponto central de justificativa de união entre política criminal e direito penal. "Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são extremos opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolhes as garantias de liberdade do Estado de Direito" (ROXIN, 2000, p. 20).

³⁷⁴ CAMARGO, 2002, p. 103.

O tipo penal abandona sua aplicação fundamentada em bases naturalísticas e ganha um conteúdo de norma de dever. A violação da norma de dever estabelece os parâmetros para a realização da tipicidade, redundando na introdução ao tipo dos conceitos circunscritos à problemática do risco. Para que um fato seja típico, deverá-se considerar que o significado do conteúdo do tipo incriminador é "definido unicamente pelas relações sociais, e é através delas que obtém a sua relevância para o tipo".³⁷⁵

Da mesma forma, essa relevância do fato típico estabelecido pelas relações sociais deve ser sempre interpretada com a admissão dos critérios de política criminal, agora não mais estranhos ao sistema jurídico-penal. A norma, ao ser promulgada, possui uma finalidade compactuada com um sentido social que se deseja evitar (relação de poder), criando ao intérprete a necessidade de perceber um juízo teleológico no ato de subsunção, capaz de efetivar a correspondência entre aquele ato determinado e o conjunto de condutas que pretende ser reprimido com o modelo tipificado.³⁷⁶

De acordo com o pensamento de Roxin, o tipo penal ("idéia de determinação legal")³⁷⁷ apresenta, ao menos, três funções essenciais; apresenta-se como (I) garantia, ou seja, é o primeiro pressuposto para a punibilidade de uma conduta;³⁷⁸ (II) regulador das possibilidades do erro; (III) possui função sistemática ao inserir-se entre os elementos "ação" e "antijuridicidade".³⁷⁹

O aspecto mais interessante da construção de Roxin é o papel assumido pelos tipos abertos,³⁸⁰ os quais, segundo o autor, exprimem, de maneira peculiar, a relação tão debatida – como exemplo, as teorias de Mayer e Mezger – entre a

³⁷⁵ ROXIN, 2000, p. 38.

³⁷⁶ A noção do sistema teleológico de Roxin aparece, de forma bastante clara, na seguinte passagem. "[...] cada tipo deve ser interpretado segundo o fim da lei (teleologicamente), isto é, de maneira que os comportamentos legalmente desaprovados sejam completamente compreendidos e que o efeito motivador preventivo-geral se mostre livre de lacunas [...] o tipo encontra-se em meio ao campo de tensão entre o fim da lei e a determinação da lei" (ROXIN, 2006, p. 234).

³⁷⁷ ROXIN, 2000, p. 29.

³⁷⁸ ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: DelRey, 2007. p. 37.

³⁷⁹ ROXIN, 1979, p. 172.

³⁸⁰ ROXIN, 1999, p. 297-302.

tipicidade e a antijuridicidade. No cerne do conceito de tipicidade, Roxin acresce dois elementos àqueles já apontados pelos seus antecessores, de forma que o tipo penal passa a ser composto, além da ação, nexos causal e resultado, também pela realização de um risco não-permitido e, ademais, a efetivação desse risco no resultado. Essas duas categorias se colocam de forma nitidamente normativa.

Além de acrescentar essas figuras axiológicas ao tipo penal, o modelo exige que a conduta humana, para ser reprovada, dependa ainda de sua inserção no chamado âmbito de proteção do tipo. Isso quer dizer que o comportamento deve estar incluído dentre aqueles que a norma penal visa a reprimir.³⁸¹

Diante desses critérios, a imputação objetiva em Roxin significa exatamente os instrumentos destinados a possibilitar a interpretação da norma objetiva de cuidado (realização do risco proibido) contida no tipo penal incriminador e, conseqüentemente, verificar se o resultado derivou da conduta desviante sendo, em conclusão, imputado ao agente como obra sua. A teoria da imputação objetiva é um mecanismo de imputação jurídica de resultados e, nesse sentido, supressor da causalidade então incapaz de compreender os sentidos sociais dos comportamentos. Os critérios de imputação objetiva estabelecem-se como ponderações capazes de orientar o intérprete a perceber se o agente, com seu comportamento, infringiu ou não a norma, ou seja, criou um risco não-permitido com sua conduta. A violação da norma insere a conduta em seu âmbito de proteção, entendido como o conjunto das ocorrências de riscos que vão além do limite permitido naquele específico contexto social.

Para o modelo de Roxin, não basta que o agente tenha infringido a norma de cuidado com a realização de um risco socialmente intolerável, mas, mais do que

³⁸¹ A relação entre o pensamento de Roxin e seus critérios de imputação está demonstrada no seguinte excerto de Cancio Meliá. "Roxin, quien sin duda es el máximo representante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al 'principio del riesgo', sintetiza el estadio de evolución de esta teoría y, al mismo tiempo, el contenido de ese principio, del siguiente modo: 'Un resultado causado por el sujeto que actúa solo debe ser imputado al cuasante como su obra y sólo se cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1), cuando al riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (3)'. Cabe estimar que esta es también la perspectiva que adopta la doctrina actualmente mayoritaria tanto en Alemania como en España". (MELIÁ, Manuel Cancio. *In*: CALLEGARI. 2001, p. 64).

isso, esse risco deve se mostrar como o determinante para a ocorrência do resultado, devendo neste se efetivar.³⁸² A imprescindibilidade que é outorgada pelo pensador à ocorrência de um resultado o faz o principal formulador de um funcionalismo moderado, tendo em vista, inclusive, o respeito que mantém à figura do bem jurídico e, portanto, da lesividade penal concreta do comportamento. Bem assim, assinala Roxin: “Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não- permitidos, criados pelos homens”.³⁸³

Roxin trabalha com critérios fundamentais para a possibilidade de apreensão do risco não-permitido (modelos conceituais): diminuição do risco; criação do risco jurídico-penalmente relevante; incremento do risco. Outro critério utilizado é o da conduta alternativa adequada ao Direito, o qual se pergunta acerca da relevância de um fato proibido que, da mesma forma, teria ocorrido com um outro comportamento adequado à norma objetiva de cuidado.³⁸⁴

A imputação objetiva é articulada por Roxin integralmente no seio do tipo penal,³⁸⁵ uma vez que este contém a norma proibitiva da criação do risco não-permitido. Todavia, uma vez comprovada a realização do risco não-permitido e sua ocorrência no resultado, não se pode ainda afirmar que o fato é típico, pois há de verificar-se o âmbito de proteção do tipo, o qual, desde logo, não se confunde com o âmbito de proteção da norma, também inserido na tipicidade.

O âmbito de proteção do tipo faz referência à forma concreta com que o resultado ocorreu, ensejando sempre o questionamento sobre se determinado tipo penal vislumbra evitar aquele específico e efetivo resultado.

³⁸² ROXIN não apenas evita a criminalização daqueles resultados que não dependeram da efetivação do risco, mas também exclui a punição dos resultados que derivaram do risco de forma absolutamente incomum. “Por vezes, a violação do risco permitido não é de todo irrelevante para o resultado concreto, mas o acontecimento é tão incomum, que não pode mais ser considerado realização do risco não-permitido - Exemplo: alguém morre de um ataque cardíaco porque outra pessoa o ultrapassa erradamente ou causa um pequeno acidente” (ROXIN, 2000, p. 334).

³⁸³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Traduzido por André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 40.

³⁸⁴ Acerca das “condutas alternativas adequadas ao direito” vide: (SÁNCHEZ, 2003, p. 9-33).

³⁸⁵ CAMARGO, 2002, p. 105.

Quando é avaliado o risco não-permitido (âmbito de proteção da norma), o resultado ainda não ocorreu. Após a ocorrência em vista da concretização do risco, é necessário saber se aquele resultado é uma hipótese factualmente típica. O modelo de Roxin, destarte, é um modelo tripartite de tipicidade. Primeiro, a ocorrência do risco não-permitido. Segundo, a concretização relevante desse risco no resultado. Terceiro, o alcance de proteção do tipo penal para aquela ocorrência concreta.³⁸⁶

Nete cenário, a tipicidade fica relacionada a duas realidades distintas e progressivas. O âmbito de proteção da norma tem seu risco construído na vivência social, introduzido no subsistema penal por meio dos instrumentos (critérios) da imputação objetiva, não se relacionando, ao que parece, de forma específica, aos diversos modelos de proibição. O âmbito de proteção da norma surge como uma figura que consegue vagar pelos diversos tipos incriminadores da parte especial. Por outro lado, o âmbito de proteção do tipo tem maior concretude, uma vez que se vincula especificamente à modalidade penal que estiver sendo tratada no caso concreto quando da subsunção.

De todo modo, essa divisão estabelecida por Roxin é superada por seus seguidores na elaboração da imputação objetiva e do tipo penal. Na construção analisada, a imputação objetiva funciona como uma teoria de imputação do resultado (para posterior verificação da tipicidade), enquanto, no pensamento de Jakobs, se transformará numa técnica de imputação direta do comportamento típico.

Desde logo, cumpre salientar que, para essa transmutação, o resultado vai gradativamente perdendo sua importância, sendo a violação da norma de dever, cada vez mais isoladamente, responsável pela criminalização da conduta, ao invés de atuar como requisito de imputação do resultado. Depois de Roxin, a normatização

³⁸⁶ “É de se ter em mente, porém, que na realização do risco não permitido sempre se trata do fim de proteção da norma de cuidado que delimita o risco não permitido (da obrigação de iluminar, do dever de consultar um médico especializado), e não do fim de proteção do tipo penal. Os casos autênticos de exclusão da imputação através do fim de proteção do tipo são aqueles em que a norma típica (a proibição de matar, lesionar, danificar etc.) sequer compreende determinados comportamentos e consequências. Tais hipóteses são tratadas, aqui, sob a perspectiva do 'alcance do tipo', e não devem – ao contrário do que quase sempre acontece – ser confundidos com os casos nos quais a imputação fica excluída já porque o fim de proteção da norma de cuidado não compreende o resultado ocorrido” (ROXIN, 2000, p. 337-8).

do tipo penal ganha ainda maior destaque, construindo-se um risco que, por si só, perfaz a própria tipicidade.

4.2.2 A proposta teórica de Günther Jakobs

A postulação do sistema funcionalista, proposta por Günther Jakobs (centrado na reformulação e normatização da tipicidade), assume contornos bastante diferenciados daqueles modelados por Claus Roxin (inspirado na construção político-criminal), conforme atesta Bernardo Feijóo Sánchez.³⁸⁷

A estrutura social que Jakobs introduz no subsistema de Direito Penal tem como pressuposto necessário as idéias de contatos anônimos,³⁸⁸ responsabilidade descentralizada, perturbação social incompatível com a norma, relações negativas de dever³⁸⁹ e expectativas sociais.³⁹⁰ Para o pensador alemão, o Direito Penal não protege abstratamente bem jurídico algum, mas visa à manutenção da confiança nos cidadãos de que os demais não cometerão os atos tipificados como delitos. Ao realizar o comportamento criminoso, o agente expressa, como significado de sua conduta, uma forma de viver incompatível com a concepção de mundo estabelecida,³⁹¹ de sorte que a aplicação da pena deve ter como fim assegurar a vigência da norma jurídico-penal e, conseqüentemente, reafirmar (restabelecer) as balizas necessárias para a manutenção da confiança.

³⁸⁷ SÁNCHEZ, 2003, p. 99-149.

³⁸⁸ "Numa sociedade de liberdades, e, mais ainda, numa sociedade que tome possíveis contatos anônimos em alto grau, vale dizer, numa sociedade que encarrega os cidadãos da configuração do comportamento a eleger, contanto que esse comportamento não tenha conseqüências lesivas, à liberdade descentralizada de eleição deve corresponder, enquanto sinalagma, responsabilidade pelas conseqüências de eleição" (JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Traduzido por Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 6).

³⁸⁹ "Posto que se trata de não deteriorar a situação de demais círculos, a esse respeito desde há muito tempo se fala de uma relação negativa de pessoas; não existe a expectativa de que todos prestem ajuda a todos, mas apenas a expectativa de que não se perturbem mutuamente" (JAKOBS, 2003, p. 2).

³⁹⁰ "A missão do Direito Penal é garantir a identidade social, e determinar que as defraudações das expectativas, com a violação das normas Sociais, sejam punidas, para manter-se o *status* social vigente, assim como uma pessoa afasta qualquer proposta não adequada ao seu modo de ser, para manter sua identidade" (CAMARGO, 2002, p. 84). Interessante frisar que essa perspectiva de Jakobs encontra nítida consonância com o pensamento já demonstrado de Luhmann, sendo, dessa forma, passível dos mesmos elogios e críticas; de um lado, a correção sistemática; de outro, o esvaziamento do conteúdo e dos significados materiais das proibições.

³⁹¹ MONTEALAGRE LYNETT, Eduardo. Introdução a obra de Günther Jakobs. *In*: ROXIN, 2003, p. 16.

Todo o pensamento de Jakobs é dotado de coerência, posto que é exatamente dessa sua forma de compreender o mundo que defluem seus diversos institutos de imputação objetiva, bem como toda a sua dogmática penal. Nesse sentido, a construção das categoriais inerentes à imputação objetiva apresenta uma tentativa maior de universalidade em face das diversas modalidades de tipos penais; dito de outra forma, busca-se aqui, com maior intensidade, a solidificação de conceitos que possam indistintamente ser atribuídos aos tipos dolosos e culposos, comissivos e omissivos, consumados ou tentados.³⁹² Convém, mais uma vez, afirmar que a edificação teórica do autor não surge ao acaso, mas é fruto de toda sua explicação científica da própria sociedade pós-moderna (sociedade de risco).

A articulação do conceito do risco proibido no cerne da estrutura do tipo objetivo deve sempre ser pautada na identificação dos constitutivos sociais, relacionando, assim, sempre a existência dos riscos à determinada configuração da sociedade que, ao mesmo tempo, proporciona-os. As formas de interação na vida contemporânea são necessariamente dotadas de risco e, conseqüentemente, tal constatação torna "normal" certa suportabilidade nesse contexto.³⁹³ Raciocinando dessa forma, o homem deve suportar os níveis de riscos inerentes à forma de vida na qual está inserido, podendo, a qualquer tempo, vir a ser alvo de lesão em face de determinadas ocorrências destrutivas.

Disso resulta que é ilógico afirmar que o tipo penal protege e incorpora bens jurídicos deduzidos como valores absolutos, haja vista que não são todas as formas possíveis de ataque ao patrimônio ou à vida (como exemplo de bens jurídicos) capazes de redundar em comportamentos criminosos. Com os tipos penais, procura-se proteger específicas espécies de agressões intersubjetivas que, quando perpetradas, desestabilizam a própria constituição social em seus contextos de interação. A criminalização não é do risco em geral, mas apenas em suas

³⁹² "Assim, Günther Jakobs procura dotar de coerência sistemática a imputação objetiva, entendendo-a como uma teoria do tipo objetivo" (PRADO; CARVALHO, 2002, p. 109).

³⁹³ "O risco permitido não resolve uma colisão de bens, mas estabelece o que são hipóteses normais de interação, já que a sociedade – cujo estado normal é o que interessa aqui – não é um mecanismo para obter a proteção de bens, mas um contexto de interações" (JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Traduzido por André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 35).

ocorrências além dos limites inerentes à própria dinâmica social pós-moderna. Salienta essa questão Callegari:

Não é possível uma sociedade sem riscos, porque o risco é inerente à configuração social, portanto, este risco tolerado é vital para a existência da sociedade. Uma sociedade sem riscos ficaria estagnada e não se desenvolveria, portanto, o risco é inerente à vida social e, num cálculo de custos e benefícios, pode-se verificar que as atividades arriscadas trazem benefícios à sociedade, ainda que se produzam determinadas lesões. Ex.: tráfego viário, aéreo, determinadas atividades perigosos (usinas), etc.³⁹⁴

Nesse cenário, a imputação objetiva torna-se mais condensada do que a visão estabelecida por Roxin, na qual era necessária a verificação da (I) ocorrência do risco proibido, (II) sua realização no resultado e, por fim, (III) os limites do âmbito de proteção do tipo. Na construção de Jakobs, a estrutura da imputação se dará em dois momentos, quais sejam, (I) a imputação objetiva do comportamento e (II) a imputação objetiva do resultado.³⁹⁵

Para a imputação objetiva do comportamento, significativamente mais importante na construção dogmática do autor que a imputação objetiva do resultado, é necessário que o autor do comportamento viole um papel social,³⁹⁶ ou seja, despreze, de algum modo, aquele feixe de direitos e obrigações que circundam o aspecto normativo de seu círculo organizacional. Para a constatação e verificação da realização de um comportamento reprovável e imputável, Jakobs estabelece quatro critérios reitores: (I) o risco proibido, (II) o princípio da confiança, (III) a proibição de regresso e (IV) a competência (capacidade) da vítima. Jakobs assim define os quatro critérios:

a) Primeiro: não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo risco de lesão ao outro. Existe um risco permitido.

[...]

b) Segundo: quando o comportamento dos seres humanos se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente a todos os demais; de outro modo, não seria possível a divisão do trabalho. Existe um princípio de confiança.

[...]

c) Terceiro: o caráter conjunto de um comportamento não pode impor-se de modo unilateral arbitrário. Portanto, quem assume com outro um vínculo que

³⁹⁴ CALLEGARI. 2001, p. 24.

³⁹⁵ MELIÁ, Manuel Cancio. *In*: CALLEGARI. 2001. p. 75.

³⁹⁶ JAKOBS, 2000, p. 23.

de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não viola seu papel como cidadão, ainda que o outro incorpore esse vínculo numa atividade não permitida. Por conseguinte, existe uma proibição de regresso cujo conteúdo é que um comportamento, que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não constitui participação em uma atividade não permitida.

[...]

d) Quarto: pode ser que a configuração de um contato social seja de competência não só do autor, mas também da vítima, inclusive num duplo sentido: pode ser que o próprio comportamento da vítima fundamente que se lhe impute a consequência lesiva, e pode ser que a vítima esteja na lastimável situação de encontrar-se nessa posição por obra do destino, por infortúnio. Existe, portanto, uma competência (capacidade) da vítima.³⁹⁷

Os critérios de Jakobs apontam para uma universalização maior da que contém aqueles propostos por Roxin, uma vez que o primeiro percorre categorias mais generalizadas e um pouco menos vinculadas ao método específico dos conjuntos de casos. De fato, o conceito de risco proibido é o responsável exclusivo pela imputação, sendo certo que os demais funcionam como limitadores. A conduta será reprovável e imputada normativamente ao autor se, com o seu comportamento, criou um risco juridicamente desaprovado e, mais do que isso, não estava localizado no âmbito do princípio da confiança, proibição de regresso ou competência da vítima.³⁹⁸

Porquanto, a conformação social deve estipular os riscos subsistentes ao seu funcionamento, tornando proibidos aqueles anormais. O princípio da confiança, por sua vez, é inerente à "divisão do trabalho",³⁹⁹ sendo concebido como a compreensão da pressuposição (e necessidade) de responsabilidade do destinatário da confiança.⁴⁰⁰ O princípio da proibição de regresso, de acordo com uma possibilidade conclusiva da argumentação de Jakobs, destina-se a definitivamente limitar o problema histórico e inerente ao criticado sistema da equivalência das condições. Aquele indivíduo cumpridor de seu papel social age, portanto, dentro do risco

³⁹⁷ JAKOBS, 2000, p. 24-9.

³⁹⁸ Sobre a questão relacionada à vítima e à imputação, vide GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

³⁹⁹ JAKOBS, 2000, p. 26.

⁴⁰⁰ "A solução aqui desenvolvida resolve aquela parte do princípio de confiança que não é um mero caso particular do risco permitido, e sim consequência do caráter responsável do destinatário da confiança [...] consiste em que existem casos em que a confiança deve existir, ao ser vinculada ao caráter responsável do outro, de maneira plenamente contrafática". (JAKOBS, 2003, p. 101).

permitido, não podendo ser responsabilizado pela eventual decorrência ilícita de seu ato conforme o ordenamento.⁴⁰¹

Dentro da construção de Jakobs, a vítima também assume importante papel na relação dialógica do crime, uma vez que, na condição de pessoa responsável, deve atuar de forma a garantir sua própria proteção. Os contatos sociais anônimos, dotados de riscos essenciais, fazem com que a existência da violação de um dever de proteger-se da vítima (autocolocação em risco), uma exposição além da medida social razoável, exclua de responsabilidade aquele que lesionou um determinado bem de sua propriedade. De fato, essa construção de Jakobs acusa certa dificuldade de concreção assumida pelo próprio autor.⁴⁰² Todavia, de algum modo, consegue induzir no sistema de imputação a idéia da vítima que assume o risco de contra ela se produzir algum resultado danoso.

Todo o desenvolvimento que é feito através dos critérios de imputação objetiva do comportamento não é repetido nas formulações do autor quando atinente à imputação objetiva do resultado. Essa constatação sempre repetida nos estudiosos de Jakobs⁴⁰³ tem uma razão bastante lógica de existir, posto que se faça a investigação tomando como premissa suas próprias afirmações no tocante à teoria das normas.

No cerne da complexidade da sociedade de risco, o subsistema penal tem como função exclusiva garantir a confiança nas pessoas que a integram de forma anônima. Esse anonimato impede o conhecimento prévio do outro, de sorte que o mínimo necessário para a tranqüilidade é a obtenção da expectativa normativa de que não haverá por parte das demais agressões ou intromissões aos círculos

⁴⁰¹ "Por conseguinte, existe uma proibição de regresso cujo conteúdo é que um comportamento que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não constitui participação e atividade não permitida" (JAKOBS, 2000, p. 26).

⁴⁰² "Tampouco está claro sob que condições exatas a competência (capacidade) da vítima exclui de maneira radical a competência (capacidade) do autor (como se aceita no consentimento), e quando existe algo parecido a uma concorrência de culpas jurídico-penalmente relevante que diminui a responsabilidade do autor sem eliminá-la por completo" (JAKOBS, 2000, p. 31).

⁴⁰³ MELIÁ, Manuel Cancio. La teoría de la imputación objetiva y la normatización del tipo objetivo. No mesmo sentido, CALLEGARI. 2001, p. 30.

organizacionais alheios.⁴⁰⁴ Para a manutenção dessa confiança, faz-se necessário que as pessoas não realizem os comportamentos arriscados. Os padrões de atuação devem ser respeitados como balizas para a manutenção dessa tranquilidade, imprescindível para a constituição social e seus contextos de interação.

A manutenção da confiança nas interações, dada por meio da resposta penal à criação de riscos proibidos (desilusões), conduz o pensamento de Jakobs a três situações condicionadas e concomitantes: (I) o relativo desprezo ao resultado danoso sob o prisma da lesividade individual (funcionalismo exacerbado), (II) a justificação dos crimes de perigo como centralização pelo Estado dos limites do risco e (III) o Direito Penal do inimigo. Nesses pontos, talvez com ressalva ao último, a crítica ao seu pensamento é difícil de ser feita sob o prisma dogmático, uma vez que de fato suas idéias quase não carecem de equívocos epistemológicos. A refutação da idéia de Jakobs acaba por derivar para o campo da política como exercício do poder e, mais do que isso, não pode ser feita sob a ótica idealista (discurso de resistência), mas sim, perguntando se esse mundo atual, sobre o qual suas afirmativas possuem razão, é a sociedade que os homens devem de fato desejar a si mesmos.

Sendo verdade que a lesividade na sociedade de risco apresenta-se, conforme exposto, como uma lesividade sistêmica, é também verdade que a realização de um comportamento com riscos proibidos já é suficiente para propiciar a desilusão necessária à confiança e, em contrapartida, acionar o imperativo sancionatório da norma penal. Resulta, destarte, que o resultado, como fator determinado pela conduta típica, apenas tem relevância nos delitos de resultado. O problema, assim, parece irresoluto, pois, ao mesmo tempo, é bem sabido que esses tipos de resultado, cada vez mais, perdem sua preponderância qualitativa e quantitativa no subsistema penal em face dos crimes culposos (imprudência) e de perigo.

⁴⁰⁴ O problema aqui demarcado dialoga com a postura de Giddens acerca da forma como os contatos anônimos são estabilizados na sociedade moderna. Conceitos como confiança e desatenção civil são bastante úteis para a compreensão do quanto exposto. Vide GIDDENS, 1991, p. 43.

O ponto atual de maior polêmica em todo o vasto trabalho de Jakobs reside, todavia, no Direito Penal do inimigo, sobre o qual não se pretende aqui discorrer, até porque abordar todos os pontos constituiria um tema para profundo trabalho específico. O que, por hora, tem relevância no direito penal do inimigo (cria duas esferas não-contrapostas:⁴⁰⁵ direito penal do cidadão e Direito Penal do inimigo)⁴⁰⁶ é exatamente sua relação com o tipo penal, uma vez que, das postulações residentes sob essa nomenclatura, se extraem importantes decorrências para a antecipação da tutela penal, o que significa reduzir ainda mais os requisitos necessários para a incidência da tipicidade.⁴⁰⁷ O movimento de entrada no sistema penal dos tipos de perigo já resultou na ampla relativização da importância do resultado naturalístico. Agora, o direito penal do inimigo vem postular a tipificação de condutas que significavam, até então, apenas atos preparatórios de outros tipos penais de resultado. Pode-se dizer, assim, que o meio de concreção do direito penal do inimigo é a transformação de atos relacionados à preparação de tipos de resultado em tipos penais autônomos de perigo.

Todo esse movimento do subsistema penal, na elaboração de Jakobs, tende à normatização do tipo penal numa perspectiva *ex ante*, abandonando, até certo sentido, a necessidade de aferição *ex post* da lesividade factual do comportamento imputado objetivamente. Mais que o resultado concreto do Direito Penal do inimigo, a própria formulação teórica de sua construção é bastante complexa e passível de críticas, pois, em última instância, tem como condão de linearidade e fundamentação a alteração do *status* da pessoa de cidadão ao de inimigo. O rigor, separar-se-iam

⁴⁰⁵ A tal propósito, salienta Jakobs: "Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de *um só mundo* ou de mostrar duas tendências opostas em *um só contexto jurídico-penal*" (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções críticas. Traduzido por André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21).

⁴⁰⁶ Silva Sánchez assim define inimigo: "[...] inimigo é um indivíduo que mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo o caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta" (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992. p. 149).

⁴⁰⁷ O direito penal do inimigo insere-se num movimento de tipificação abrangente, aumentando a infiltração do sistema penal nos círculos de organização "privados" do cidadão-inimigo. "As características do Direito Penal de inimigos seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento das garantias processuais" (SÁNCHEZ, 1992, p. 149).

dois Direitos Penais, o do cidadão (mantém a vigência da norma) versus o do inimigo (combate os perigos).⁴⁰⁸

Essa postura do Autor corresponde ao verdadeiro estado de total insuportabilidade com a criminalidade organizada, o terrorismo, principalmente tendo em vista a realidade vivenciada pelos países desenvolvidos como atesta Manuel Cancio Meliá.⁴⁰⁹ Ocorre que não é possível negar a semelhança entre este direito penal do inimigo e os sistemas de punições dos inimigos à comunidade, inspirados pela Escola de Kiel.

Nessa senda, importante destacar que, na legislação nacional, há traços (“contaminação”) dessa teoria diferenciadora; basta que se observe a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e a Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (Lei nº 10.792/2003), conforme denunciam André Luis Callegari e Cristina Reindolff da Motta.⁴¹⁰

De toda forma, a crítica ao Direito Penal do inimigo⁴¹¹ não pode destituir toda a capacidade do pensamento de Jakobs concernente aos instrumentos da imputação objetiva, à forma como este relaciona a tipicidade penal com o subsistema penal em geral e, por fim, à finalidade de manutenção de expectativas das normas. O problema dessas explanações, no mesmo sentido da dificuldade apresentada por Roxin, é a existência tão-somente de mecanismos formais de imputação. O conteúdo do risco proibido, que faz parte do tipo objetivo, permanece como simples inferência social genérica. Nesse ponto, todas as formas de relações sociais determinadas pelas forças produtivas permanecem sem qualquer crítica. A escolha dos limites materiais entre o risco permitido e proibido continua sem

⁴⁰⁸ Afirma JAKOBS sobre o Direito Penal do inimigo que: “[...] os preceitos penais a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal dos cidadãos, preferivelmente também na sua apresentação externa” (JAKOBS, 2000, p. 101).

⁴⁰⁹ Este câmbio cristaliza, de modo especialmente chamativo – como aqui se tentará mostrar – no conceito do ‘Direito penal do inimigo’, cuja discussão foi recentemente (re-) introduzida por Jakobs, de modo um tanto macabra *avant la lettre* (das conseqüências) de 11 de setembro de 2001. (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 54).

⁴¹⁰ CALLEGARI, André Luis; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social. *In*: CALLEGARI, André Luis. (org.) **Política Criminal Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 6-10.

⁴¹¹ Ver, para tanto, Manuel Cancio Meliá: JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 53-81.

constatação dos elementos de “força”, que restam por conduzir à suportabilidade social ou não de determinado risco. A regra dos “custos benefícios” ou de “necessidade de desenvolvimento” aparenta-se não apenas formal, mas bastante ideológica – o que de fato ocorre no momento da reflexão (atenção social e política de risco).

4.3 O discurso de resistência – o direito penal simbólico

A evolução do pensamento funcionalista, capaz de avaliar o subsistema penal sob um enfoque sistêmico aberto, redonda numa tentativa de busca, inclusive por meio da imputação objetiva e da autopoiesis, à adaptabilidade do subsistema penal às novas formatações sociais que demandam a incidência da fragmentariedade do sistema. Dentro do corolário de Luhmann do sistema autopoietico, a dinâmica penal deve possibilitar, ao mesmo tempo, a abertura cognitiva com um fechamento operativo, ou seja, o sistema recebe modelos sociais apreendidos e, conseqüentemente, integra-os em sua linguagem própria de respostas (código/programas).

Nesse cânon, o Direito é independente dos outros subsistemas. Contudo, é também sensível às necessidades destes outros (interdisciplinaridade), obrigando-se a conceber respostas que mantenham e salvaguardem as expectativas normativas nas demais instâncias, fundamentalmente – conforme se salienta – a econômica.⁴¹²

Essa abertura cognitiva, baseada na incorporação da sociedade de risco, cria a necessidade de tutela de bens jurídicos antes intangíveis para a esfera penal. Esses novos bens jurídicos, por sua vez, aliados às finalidades contemporâneas do

⁴¹² "Dito de modo singelo: o direito moderno mantém elevada interdependência com os demais sistemas (p. e., econômico, político, científico, etc.), e é sensível às demandas que lhe são formuladas por esse ambiente (abertura cognitiva); entretanto, só consegue processá-las nos limites inerentes às estruturas, seleções e operações que diferenciam o direito dos demais sistemas (fechamento operativo). Dessa perspectiva o direito é um só, pouco importando se as cadeias normativas são múltiplas, não-hierarquizadas, informais ou produzidas em diferentes contextos. Essa unicidade decorre da função do direito e não da arquitetura do sistema normativo. A globalização demanda novas diferenciações no interior do sistema jurídico, mas não é capaz de corromper suas funções" (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 143).

Direito Penal, impõem novas formas de criminalização típica, ou seja, os tipos penais abertos, as normas penais em branco, os tipos de perigo, levando, na visão do autor deste trabalho, à necessidade de um suporte teórico novo, sendo (por ele) denominado – a partir de Luhmann – de tipicidade autopoiética.⁴¹³ Se não bastasse, a operacionalização desses novos paradigmas de tipificação trazem aos juristas a necessidade teórica de novos modelos de discursos capazes de redefinir as estruturas de aplicabilidade, dentre elas, a imputação objetiva e a problemática da concreção dos limites de suportabilidade de condutas, em tese, agressivas (risco proibido).

Essa nova realidade, todavia, tem demonstrado dois aspectos fundamentais e progressivos: em primeiro lugar, a utilização do Direito Penal como a única esperança desenfreada de controle de um número cada vez maior e mais complexo de comportamentos e; em segundo lugar, a frustração da eficiência então aparentemente possível nesse mesmo controle. Todo esse caldo de cultura, analisado e avaliado, fomenta a elaboração do conceito de Direito Penal simbólico, que é, em última instância, o aparato crítico essencial do chamado discurso de resistência.

A base explicativa do Direito Penal simbólico reside, de acordo com o breve relato mencionado e antes exposto, exatamente no desencaixe entre as estruturas do subsistema penal e sua conseqüente incompatibilidade com as formas das relações sociais estabelecidas pelo desenvolvimento das forças produtivas. Porém, a definição dessa característica do Direito Penal não se faz assim de modo estritamente materialista por seus estudiosos, sendo concebida como a impossibilidade concreta da norma penal em cumprir sua meta de alteração social (controle) dos comportamentos indesejáveis. O simbólico identifica-se com engano, demonstrado pela oposição entre os conceitos de "fortalecimento simbólico das normas" e "segurança de seu cumprimento".⁴¹⁴

⁴¹³ A tipicidade autopoiética será melhor definida na seqüência do presente capítulo.

⁴¹⁴ HASSEMER, 2005, p. 28.

Dessa forma, as normas penais (tipos incriminadores) surgiriam sem uma mínima condição de aplicação, possuindo, destarte, um mero valor de simbologia proibitiva. Em outras palavras, as funções latentes preponderam sobre as manifestadas.

Na concepção de um Direito Penal simbólico, constrói-se uma categoria histórica, que considera uma determinada circunstância política e social específica para seu desenvolvimento. Quatro condições seriam os pressupostos necessários dessa consolidação paradigmática: (I) um Direito Penal voltado para as conseqüências; (II) a existência de um legislador institucional; (III) a existência de uma verificação empírica de eficiência (conceito comparativo); (IV) a fundamentação de uma postura crítica com o atual estado do Direito Penal.

Assim, esse Direito simbólico funciona como um elemento de estigmatização de um fenômeno jurídico tido como negativo, perigoso e que, portanto, deve ser combatido, eliminado e resistido.⁴¹⁵ No âmbito específico da tipicidade penal, demonstrar-se-ia o caminho percorrido entre a proteção concreta de bens jurídicos e a mera prevenção global de situações problemáticas e desejosas de controle criminal. Saem da posição de protagonistas da tipificação os delitos de dano concreto e entram, em seu lugar e progressivamente, os delitos de perigo abstrato.

Algumas considerações, todavia, fazem-se necessárias diante da conceituação de um Direito Penal simbólico. De fato, pode-se afirmar, desde logo, que toda e qualquer tipificação delitiva tem um cunho nitidamente simbólico, pois, se assim não o fosse, poderia ser pensado um setor da normatização não-passível de referências axiológicas. Não se trata, nesse aspecto, de ser discutida a veracidade ou razoabilidade dos valores adstritos ao Direito, mas, ao contrário, de apontar suas importâncias no fenômeno de jurisdicização penal, ainda que tais elementos constituam – conforme se propõe – uma faceta nitidamente ideológica. A realização da tipificação penal sempre trouxe, ao lado de seu caráter real de constrangimento e punição, fatores simbólicos de expressão de comportamentos indesejados,

⁴¹⁵ HASSEMER, 2005, p. 29.

absolutamente dissonantes daquilo que se vislumbrava, por uma parcela social dominante, como o ideal de conduta e realização.⁴¹⁶

Dessa forma, o Direito Penal simbólico não seria aquele considerado simplesmente na existência de uma carga simbólica na tipificação, mas sim, aquele no qual essa mesma carga estaria em situação exacerbada. A diferenciação apta a demonstrar esse simbolismo, destarte, não está numa diferença qualitativa (existência do simbolismo), residindo, verdadeiramente, num momento quantitativo (grau de simbolismo).⁴¹⁷

Considerando essa distinção simplesmente quantitativa, a dificuldade de operacionalização do conceito de Direito Penal simbólico torna-se bastante tormentosa, posto ser imprescindível o estabelecimento da fronteira entre um simbolismo inerente e um outro exacerbado, capaz de transformar os modelos de incriminação em apenas simbólico. Para a resolução dessa questão, a única forma de enfrentamento se faz com o estabelecimento de um método ou parâmetro, aptos a dividir as porções adicionalmente detentoras de simbolismo, daquelas possuidoras somente de simbolismo.

Um critério estabelecido pode ser, sem dúvida, a relação entre a tipificação abstrata e a efetiva punição dos comportamentos subsumidos àquela. Aliás, essa é exatamente a postulação defendida por Hassemer, uma vez que o engano do simbolismo está diametralmente colocado em oposição à "segurança do cumprimento da norma". Ocorre que, nesse aspecto e analisando países "em desenvolvimento" como o Brasil, se concluiria, sem negar, que todo o Direito Penal é notadamente simbólico.

⁴¹⁶ Nesse sentido, são os estudos da criminologia sobre a própria construção do Direito Penal clássico, o qual pretende: "[...] dar às concepções idealistas do direito penal o resplendor inerente à idéia de justiça independente do capricho humano" (RUSCH, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Traduzido por Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 145).

⁴¹⁷ A própria elaboração de Hassemer não despreza esta problemática, uma vez que acentua como Direito Penal simbólico aquele em que, na verdade, este direito é apenas e tão-somente simbólico. "Parece claro que el problema radica en el concepto de 'simbólico' y quien utiliza este término para designar un rasgo del derecho penal moderno está utilizando un concepto más amplio, en cualquier caso distinto, de aquellos que denunciam al derecho penal o a parte de éste como 'solo simbólico'" (HASSEMER, 2005, p. 28).

A noção da impunidade ou falta de eficiência no combate ao aumento da criminalidade não se resume aos delitos econômicos ou ambientais (instâncias coletivas), mas verifica-se também nos delitos de lesão, especificamente à vida ou ao patrimônio – os quais ninguém ousa colocar na condição de simbólicos. Se o critério da segurança do cumprimento é capaz de levar a essa condição indesejada, a "gestão temerária" (artigo 4º da Lei nº 7.492/86) ou a "lavagem de dinheiro" (Lei nº 9.613/98), também é, senão mais, capaz de apregoar o simbolismo ao "furto", "roubo" ou "seqüestro".

Outro problema apresentado reside na suposição necessária de que o simbolismo penal derivaria de uma visão de finalidade (instrumentalidade) do Direito Penal.⁴¹⁸ Tal pressuposto, embora em si verdadeiro, parte de uma constatação falsa, pois leva a crer que, em algum momento, o Direito Penal não teve (ou não teria) finalidade alguma. Dentro de uma visão sistêmica do Direito, a essencial construção teórica do Direito Penal clássico e sua sistematização possuem uma finalidade muito clara, qual seja, sedimentar as balizas necessárias para a manutenção e desenvolvimento de um sistema capitalista, então revolucionário. As garantias liberais não funcionavam como proteções dos cidadãos indistintos, a não ser que se considere a aparência como verdade, a falsa consciência como expressão do mundo material, a ideologia como real.

A construção do Direito Penal simbólico, nesse aspecto, aparenta demonstrar uma falta de consideração absoluta com os próprios dados sociais e fundamentalmente com a função exercida pelo Direito Penal clássico e do delito de lesão individual e concreto⁴¹⁹ (voltado para as classes baixas). A constatação de ser o Direito Penal negativo não deve se resumir a uma suposta parcela desse sistema,

⁴¹⁸ Notório é o jogo de palavras utilizado por Marx para apontar que violência imposta com a pena é apenas ideologicamente vinculada ao próprio infrator, mas que, realmente, se explica de modo unilateral e imposto pelos "outros". Assim, mais uma vez, o filósofo trabalha no sentido de desconstruir Hegel. "No lugar da lei abstrata haveria de aparecer a arbitrariedade puramente subjetiva, uma vez que a ato de ajustar a pena a individualidade do delinqüente teria de depender, em cada caso, dos homens oficiais, 'probos e honestos' [...] Não se tratará de convencê-lo de que uma violência externa, imposta por outros, é uma violência que ele se impõe a si mesmo. Nos 'outros' homens ele haverá de encontrar, muito antes, os redentores naturais da pena que ele infligiu a si mesmo; quer dizer, a relação se inverterá por completo" (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A sagrada família**. Traduzido por Marcelo Backes. São Paulo: Bom Tempo, 2003. p. 202).

⁴¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Traducción por Resesa Rodriguez Montañés. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 188.

mas, ao contrário, deve estender-se a toda sua existência, buscando compreender as razões das tipificações tanto na primeira quanto na segunda modernidade (reflexiva).

Não obstante os problemas concernentes à construção do chamado Direito Penal simbólico, bem verdade é que as preocupações, apontadas pelos autores que sustentam a resistência, devem ser consideradas de algum modo. Na verdade, o discurso garantista de resistência postula pelo combate aos crimes de perigo, fundamentando-se na idéia basilar do bem jurídico como o fundamento máximo de proteção de um Direito Penal regido pelo princípio da lesividade. Ocorre, todavia, que a conceituação de bem jurídico, a despeito daqueles que negam o conceito como Jakobs,⁴²⁰ deve ser vista de forma dinâmica, ou seja, necessita de uma constante releitura em face das novas modalidades de relações sociais intersubjetivas. O bem jurídico não existe como um elemento fantasmagórico universal, imemorial e imodificável (*a priori*).

Na verdade, os portadores do discurso de resistência, ao supostamente defender o bem jurídico em si mesmo, estão defendendo, até mesmo de forma não-crítica, entes formulados em determinadas circunstâncias e para servir a certos interesses.

O bem jurídico da propriedade privada, seguido da tipificação dos delitos relacionados às respectivas lesões, não existiu sempre. A própria idéia da vida se altera com o perpassar histórico. O pensamento garantista – ao qual não se nega um forte conteúdo humanitário – culmina no perigo de tornar desprovida de crítica a finalidade do Direito Penal clássico, uma vez que apresenta um saudosismo capaz de fazer parecer a construção iluminista a única possibilidade de vivência digna do homem com o Direito Penal. Repete-se, mais uma vez, que a crítica seria verdadeira e mais honesta se pudesse apontar as mazelas do subsistema penal como um todo, e não parcelá-lo da forma que o faz.

⁴²⁰ JAKOBS, 2000, p. 35.

Nessa visão, os tipos penais abertos, de perigo, e as normas penais em branco devem ser combatidos porque significam uma adaptabilidade do sistema voltada à manutenção das estruturas norms modalidades criam o arcabouço jurídico necessário para o controle da atual estrutura social desigual. Negar o tipo penal aberto não pode significar assumir como correto o tipo penal de lesão. Pelo contrário, deve-se buscar o entendimento do porquê de a infra-estrutura da sociedade de risco exigir a tipificação do risco da mesma forma que a sociedade industrial demandava a tipificação da inversão patrimonial "ilegítima". O problema de nossa realidade não está nos tipos penais, mas na forma de sociedade pela qual ocidentalmente se optou e que, ao mesmo tempo, condiciona indiretamente as modalidades jurídicas. Nesse ínterim, o ponto nevrálgico está muito mais no subsistema político (política criminal) do que propriamente no subsistema jurídico, refletido pelo crescente risco social, de acordo com José Luis Díez Ripollés.⁴²¹

⁴²¹ Destaca-se o seguinte posicionamento doutrinário de Ripollés: "En suma, todo ese conjunto de factores activa demandas de intervenciones sociaestatales que permitan controlar tales riesgos y aplacar tales temores, y a eso se aplica, entre otros mecanismos sociales, la política criminal. A su vez, la *política criminal* que pretendería dar respuesta a esa *sociedad del riesgo* podría evocarse a partir de cuatro grandes rasgos: En primer lugar, una notable ampliación de los ámbitos sociales objeto de intervención penal, la cual pretendería incidir sobre nuevas realidades sociales problemáticas, o sobre realidades sociales preexistentes cuya vulnerabilidad se habría potenciado; entre los sectores de intervención preferente habría que citar la fabricación y distribución de productos, el medio ambiente, los nuevos ámbitos tecnológicos como el nuclear, informático, genético..., el orden socioeconómico y las actividades encuadradas en estructuras delictivas organizadas, con especial mención de los tráficos ilícitos de drogas. En segundo lugar, una significativa transformación del blanco de la nueva política criminal, que concentraría sus esfuerzos en perseguir la criminalidad de los poderosos, únicos sectores sociales capaces de desarrollar tales conductas delictivas y que hasta entonces difícilmente entraban en contacto con la justicia penal; a tales efectos se contaría con el aval derivado de las demandas de intervención penal procedentes de las organizaciones sociales surgidas en los últimos tiempos en defensa de los nuevos intereses sociales – asociaciones de consumidores, ecologistas... – , con la decidida inserción en los programas de la izquierda política de propuestas de criminalización de esas actividades lesivas de los poderosos y, sobre todo, con el apoyo de unas mayorías sociales que se identificaban con las víctimas de los abusos de los socialmente privilegiados. En tercer lugar, la preeminencia otorgada a la intervención penal en detrimento de otros instrumentos de control social: La contundencia y capacidad socializadora del derecho criminal se consideran más eficaces en la prevención de tales conductas que otras medidas de política económica o social, o que intervenciones llevadas a cabo en el seno de otros sectores jurídicos como el derecho civil o el derecho administrativo; el principio de subsidiariedad penal queda seriamente cuestionado. Por último, la necesidad de acomodar los contenidos del derecho penal y procesal penal a las especiales dificultades que plantea la persecución de esta nueva criminalidad: A las nuevas técnicas delictivas, a los obstáculos para determinar los riesgos no permitidos, y a la trabajosa individualización de responsabilidades se ha de contraponer una actualización de los instrumentos punitivos; ello implica reconsiderar o flexibilizar el sistema de imputación de responsabilidad y de garantías individuales vigentes, lo que se ha de hacer en función de la necesidad políticocriminal de mejorar la efectividad en la persecución y encausamiento penales" (RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado *In*: CALLEGARI, 2007, p. 84-5).

De todo modo, é necessária uma análise da forma como os autores críticos dessa parcela do Direito Penal (simbólico) tentam resolver o problema da tipificação, apresentando as duas mais conhecidas soluções. A primeira solução é externa ao Direito Penal (Direito de intervenção); a segunda é interna (Direito Penal de duas velocidades).

4.3.1 A formulação de Winfried Hassemer e o Direito de Intervenção

O pensamento de Winfried Hassemer trabalha o sistema do fato punível,⁴²² ou a Teoria do Delito, como um conjunto metódico de procedimentos no qual o órgão julgador está necessariamente adstrito quando da verificação da responsabilidade de uma pessoa. Os elementos do crime funcionam como uma espécie de filtros progressivos, garantindo aos cidadãos que apenas serão punidos se, de fato, for constatada a incidência das quatro categoriais constitutivas do delito. As estruturas do crime atuam como pressupostos, requisitos, "etapas conjugadas de imputação de um resultado delitivo a um indivíduo".⁴²³

A visão dos elementos do crime propugnada pelo autor expõe com bastante nitidez sua filiação acadêmica, sendo considerado expoente maior da Escola de Frankfurt e, conseqüentemente, defensor da manutenção da idéia de um Direito Penal individualizado, dotado de bens jurídicos pessoais e umbilicalmente vinculado aos tipos de lesão (resultado). Assevera Hassemer: "As etapas da estrutura do crime dizem mais do que todas as formas de delito juntas. Elas constituem etapas conjugadas de imputação de um resultado delitivo a um indivíduo. Como tais, eles são critérios de justiça".⁴²⁴

⁴²² A tal propósito, ensina Hassemer: "A teoria do fato punível pretende oferecer um procedimento para verificação da punibilidade, que se situa antes de todas as sistemáticas e que não as descuida. A definição segundo a qual o fato punível é uma ação típica, antijurídica e culpável, reclama validade para todas as formas de delitos" (HASSEMER, 2005, p. 277).

⁴²³ *Ibidem*, p. 278.

⁴²⁴ Elucidativa é a passagem de CAMARGO acerca da filiação de Hassemer e sua não-aceitação de um Direito Penal "para" a sociedade moderna de risco. "Alguns aspectos, decorrentes do individualismo monista desta Escola, podem ser salientados, como a teoria pessoal do bem jurídico, proposta por Hassemer, que é criticada, veementemente, por Schünemann, por não atender os reclamos da sociedade pós-moderna, tendo tomado seus mundos fictícios e suas técnicas que encobrem seu núcleo essencial, não podendo, assim, ser acolhida pelo Direito Penal moderno" (CAMARGO, 2002, p. 156).

Para a efetivação concreta da punição pelo Estado, é imprescindível a ultrapassagem das etapas constituintes do delito, trazidas como a linguagem racional e intermediária entre o abstracionismo legal generalizante e o caso concreto realizado pelo indivíduo. Devem ser vistas pelo aplicador da norma as ocorrências de (I) ação humana, (II) tipicidade, (III) antijuridicidade e (IV) culpabilidade.

A tipicidade aponta para um segundo momento de verificação, ou seja, insere-se como o segundo degrau da escalada rumo à concreção da sanção penal e demarcação da responsabilidade.⁴²⁵ O tipo penal incriminador, no sistema de Hassemer, realiza, com primazia, a função de seletividade e fragmentariedade, apresentando uma correlação imediata com o bem jurídico a ser tutelado. Através do tipo, é ressaltado o relevo do comportamento proibido; dito de outro modo, o tipo comunica a sociedade quais são as condutas "jurídico-penalmente relevantes".⁴²⁶

O tipo penal, dessa forma, é um plano de incriminação mais avançado que a simples constatação de uma ação humana, mas é insuficiente para justificar a punição, uma vez que ainda restam a serem efetivadas a antijuridicidade e a culpabilidade. O grande diferencial, contudo, da teoria do autor está em sua visão restritiva dos bens jurídicos, o que causa uma limitação efetiva das possibilidades e formas de tipificação. O bem jurídico, para Hassemer, deve ser palpável, concreto, delimitado, relacionado às pessoas humanas individualmente consideradas (teoria pessoal do bem jurídico). Deve-se negar conceitos vagos, abstratos e indefinidos. Da mesma forma, o fenômeno da tipicidade apenas poderá estar vinculado à proteção desses bens, considerando sempre a ocorrência de lesão efetiva de suas representações reais.⁴²⁷

Dentro desta cultura do bem jurídico pessoal, Hassemer não aceita a constante antecipação de tutela que o Direito Penal vem promovendo na sociedade de risco, fundamentalmente por meio dos tipos de perigo abstrato. Além disso, o

⁴²⁵ HASSEMER, 2005, p. 282-4.

⁴²⁶ "A tarefa específica da etapa do tipo é indicar o relevo (Relief) da proteção de bens jurídicos, que constitui a especificidade de toda a cultura jurídico-penal. No plano da tipicidade pode-se reconhecer as grandes linhas que o sistema jurídico-penal traça entre a liberdade de um e outro cidadão" (*Ibidem*, p. 278).

⁴²⁷ HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 32.

autor nega essa intromissão efusiva do conceito de risco na tipicidade, posto que, de fato, serve como uma categoria de plena normatização típica.

Não é negada pelo pensamento do autor a nova dinâmica da sociedade pós-moderna, o que importa dizer a necessidade de extensão do fenômeno jurisdicional às diversas atividades que derivaram da reflexividade. Hassemer percebe, com bastante clareza, – até mesmo para diagnosticar o objeto do discurso de resistência – que, hoje em dia, os bens jurídicos estão universalizados e difusos; o número de tipos de perigo abstrato cresce progressivamente; o dano concreto é substituído pela prevenção; aumentam os mecanismos de responsabilização coletiva; a tipicidade penal ganha novos critérios e definições (risco permitido, imputação objetiva, efetivação do risco no resultado etc.).⁴²⁸ Todavia, a posição em relação a esses acontecimentos é muito firme, qual seja, esses "novos" bens jurídicos não devem estar sob a proteção do Direito Penal. Em outras palavras, o fenômeno de jurisdicização específico da sociedade de risco apenas pode ser engendrado por setores externos ao subsistema penal, buscando, destarte, um outro ramo sancionatório e regulador.⁴²⁹

De acordo com essas premissas, a efetivação desse novo "Direito de Intervenção" significaria uma forte descriminalização (revogação dos tipos penais) daqueles comportamentos que não apresentam uma explícita danosidade (lesividade) aos bens jurídicos pessoais. O Direito Penal se resumiria ao seu núcleo tradicional, com tipos penais de dano contra o patrimônio, a vida, a honra, a liberdade etc. Manter-se-ia, no Direito Penal, aquela gama de delitos que, nos dizeres de Schünemann, constituem o sistema penal das classes baixas.⁴³⁰

A idéia do "Direito de Intervenção" consiste, assim, exatamente na criação de um novo ramo jurídico, dotado de menos garantias que o subsistema penal, mas, ao mesmo tempo, capaz de coibir e reprimir os desvios típicos da sociedade reflexiva. Esse novo Direito estaria sediado no espaço limítrofe do Direito Civil e

⁴²⁸ HASSEMER, 1993, p. 56.

⁴²⁹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en el derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 42.

⁴³⁰ SCHÜNEMANN, 2002, p. 189.

Administrativo.⁴³¹ Desse modo, ao Direito Penal pertencem a proteção de bens jurídicos pessoais, a aplicação de sanções mais severas como a pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, um feixe abrangente de garantias processuais e materiais. Ao Direito não-penal (de intervenção) caberia a regulação das "instâncias de interação coletiva", com menos garantias e, diante disso, sem a possibilidade de punições severas como a privação da liberdade.⁴³²

Essa elaboração de Hassemer, fundamentada na idéia de que o Direito Penal não é capaz de tratar da nova criminalidade, ainda não tem uma formatação mais concreta, carecendo de padrões mais precisos e técnicos de delimitação.⁴³³ De qualquer forma, o "Direito de Intervenção" constrói-se como uma categoria concreta para alcançar novos parâmetros jurídicos e, em contrapartida, retirar, da seara criminal, os elementos sociais responsáveis pela sua hodierna expansão.

Essa proposta, contudo, não é a única que busca assegurar o espaço mínimo do Direito Penal tradicional, diferenciando as respostas e a tipicidade no tocante à natureza do bem jurídico envolvido. Posteriormente a criação do "Direito de Intervenção", surge o modelo do "Direito Penal de Duas Velocidades", que tenta resolver alguns problemas apontados na primeira configuração.

⁴³¹ A questão do crescimento de importância do direito administrativo como elemento regulador também é apontada por Figueiredo Dias como resultante da sociedade contemporânea. "É um fato irrecusável que a complexa tessitura da ordem jurídica dos Estados contemporâneos ultrapassa em muito o âmbito das normas respeitantes aos fundamentos ético-sociais da vida em comunidade. Para tal contribui, com significado crescente, o direito administrativo, sobretudo a partir do momento em que se apagou a outrora tão viva oposição entre 'Ordem Jurídica' e 'Administração' e se reconheceu que também esta última, enquanto agente de uma função 'perpetrada pelo Direito', participa plenamente da ordem jurídica" (DIAS, 1999, p. 167).

⁴³² "Há muitas razões para se supor que os problemas modernos de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um direito interventivo correspondentemente moderno na zona fronteira entre o direito administrativo, o direito penal e a responsabilidade civil pelos atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal, sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpabilidade, sem um processo meticoloso – mas, então, também, sem a imposição de penas criminais" (HASSEMER, 1993, p. 59).

⁴³³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra individual**: interesses difusos. São Paulo, 2003. p. 200.

4.3.2 A formulação de Jesús-María Silva Sánchez e o Direito Penal de duas velocidades

O discurso de resistência elaborado por Jesús-María Silva Sánchez é significativamente mais sutil do que o proposto por Winfried Hassemer, a partir do fato da preocupação explicitada pelo autor espanhol com os institutos, por exemplo, da imputação objetiva e, em consequência, com as formas de se trazer a problemática do risco para o cerne da tipicidade penal.⁴³⁴ Pode-se dizer que o pensamento do jurista é dotado de uma racionalidade cuidadosa, sem, entretanto, negar premissas fundamentais contemporâneas como a existência e necessidade de um sistema aberto para o Direito Penal na sociedade de risco. Por conseguinte, as críticas contra o positivismo jurídico e os ideais do Direito Penal clássico são colocadas de modo bastante expressas, concebendo essas formulações como teses ideológicas e de "mascaramento" do subjetivismo existente por detrás da suposta imparcialidade e senso de justiça iluministas.⁴³⁵

A crítica de Silva Sánchez ao Direito Penal contemporâneo reside, principalmente, na relação existente entre as garantias incorporadas pelo sistema de imputação e as sanções resultantes da concretude das normas em face do cidadão. Nesse sentido, há um pensamento um tanto quanto distinto do advogado por Hassemer, uma vez que a preocupação aqui não está propriamente na subtração da incidência do Direito Penal diante dos "novos" bens jurídicos, mas simplesmente em garantir uma adaptabilidade (proporção-correlação) dos mecanismos sancionadores com uma proteção do indivíduo em face do poder do Estado.

Dessa forma e desde logo, o "Direito Penal de Duas Velocidades" apresenta duas diferenças essenciais em face do "Direito de Intervenção", a saber: (I) não

⁴³⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La dimensión temporal del delito y los cambios de "status": jurídico-penal del objeto de la acción. *In*: _____. **Estudios de derecho penal**. Lima: Grijlej, 2000.

⁴³⁵ "Desde esta perspectiva crítica, en la que se han distinguido las corrientes de la hermenéutica jurídica, no es solo que el positivismo no ofrezca una concepción realista ni científica de la dogmática: fundamentalmente, sucede que el positivismo no responde a la realidad del proceso de obtención del Derecho, sino que constituye una tesis 'ideológica' – en el sentido de 'enmascaradora' – que oculta tras una pantalla de objetivismo el subjetivismo realmente existente en la actividad de los juristas teóricos y prácticos" (SÁNCHEZ, 1992, p. 108).

restringe o sistema penal aos chamados bens essencialmente pessoais e patrimoniais⁴³⁶ e (II) não cria um outro sistema jurídico em separado (civil-administrativo), mas, ao contrário, efetua a diferenciação operativa de maneira interna ao Direito Penal.⁴³⁷

A divisão interna ao subsistema penal operada pela proposta de Silva Sánchez apresenta uma consequência teórica significativamente diferente. O Direito Penal, como premissa assumida, é dotado de uma dimensão comunicativa superior aos demais ramos do Direito. Independentemente das respostas sancionatórias oferecidas, a simbologia do ilícito penal – seu grau de estigmatização – é nitidamente superior àquele que poderia ser conferido ao ilícito civil ou administrativo. O sentido da tipicidade, ao elevar um comportamento à qualidade de infração penal, não se restringe à simples sanção concreta que decorreria de sua efetivação em casos reais. Porém, mais do que isso, aponta para um desvalor social de maior escala, ressaltando, em qualquer delito, o valor simbólico inerente ao Direito material e processual penal.

O vislumbre que aqui se faz é de um modelo dualista de configuração do subsistema penal. O autor, ao compreender a sociedade de risco, assume que as novas categorias do Direito Penal se introjetaram de tal modo que se trata da "constatação de uma realidade a respeito da qual se considera impossível voltar atrás".⁴³⁸

Essa forma de pensar permite uma constatação quanto à natureza dos tipos penais, que, como mecanismos de garantias, podem ser classificados como pertencentes ao Direito Penal de "primeira" ou "segunda" velocidades. Os tipos penais fechados encerram uma forma circunscrita e delimitada de comportamentos

⁴³⁶ "[...] há quem advogue pela volta ao Direito Penal liberal, um Direito centrado na proteção dos bens essencialmente personalistas e do patrimônio, com estrita vinculação aos princípios de garantia... Efetivamente, o Direito Penal liberal, que certos autores pretendem reconstruir agora, na realidade nunca existiu como tal [...] A verdadeira imagem do Direito Penal do século XIX não é, pois, aquela que alguns pretendem desenhar em nossos dias" (*Ibidem*, p. 136).

⁴³⁷ "Na minha opinião, contudo, e aparentemente ao contrário da proposta do 'Direito de Intervenção', não haveria nenhuma dificuldade em admitir esse modelo de menor intensidade garantística dentro do Direito Penal, sempre e quando – isso sim – as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não fossem de prisão" (*Ibidem*, p. 141).

⁴³⁸ SÁNCHEZ, 1992, p. 143.

proibidos, de sorte que suas ocorrências impingem ao cidadão infrator o peso das medidas coercitivas de maior gravidade, especificamente as penas privativas de liberdade. Os tipos penais abertos, por sua vez, apresentam uma discricionariedade maior do intérprete, tendo em vista seu elevado grau de normatização, culminando em penas de menor intensidade, tais como as restritivas de direito e as de caráter pecuniário. Nesse diapasão e diante da assertiva assumida de que os tipos de perigo (aberto) são os únicos capazes de modalização das condutas na sociedade de risco, é razoável concluir que o Direito Penal da modernidade é uma forma de expressão jurídica atinente à "segunda" velocidade do sistema criminal.

Silva Sánchez apresenta, ademais, duas colocações claramente relacionadas com um enfoque político-criminal vinculado à tipicidade. Em primeiro lugar, faz questão de salientar que essa proposta não se configura como uma postura elitista, tentando, dessa forma, elidir as críticas já formuladas ao modelo de Hassemer, especificamente por Schünemann.⁴³⁹ Em segundo lugar, nega veementemente a possibilidade de antecipação máxima de tutela (tipificação dos atos preparatórios), concebida por Jakobs como inauguradora do "Direito Penal do Inimigo", denominando-o também de "Direito Penal de Terceira Velocidade".⁴⁴⁰ Porquanto, Silva Sánchez defende um Direito Penal de duas velocidades, admitindo excepcionalmente uma "terceira velocidade".

Propõe um Direito Penal de "primeira velocidade", com plenas garantias para a nova criminalidade da sociedade de risco sempre que o delito possibilitar concretamente a aplicação de pena privativa de liberdade, no qual seriam mantidos os princípios político-criminais clássicos e as respectivas regras de imputação e processuais penais. Afirma também um Direito Penal de "segunda velocidade", para os delitos cuja pena prevista for restritiva de direitos ou pecuniária, em que admite

⁴³⁹ "Concretamente, uma oposição à modernização integral do Direito Penal não tem por que ser merecedora da reprovação de ativismo que dirige Schünemann àqueles que situam os delitos contra o patrimônio no núcleo principal do Direito Penal, ao mesmo tempo em que pretendem restringir os fatos ao meio ambiente, 'em um momento de constante sobreexploração dos recursos naturais', ao âmbito das infrações administrativas. Conforme entendo não se trata de distinguir – nem me parece que alguém tenha pretendido – segundo sujeitos, senão segundo fatos e conseqüências jurídicas" (SÁNCHEZ, 1992, p. 144).

⁴⁴⁰ "Mas, vejamos, se a característica do inimigo é o abandono duradouro do Direito e a ausência da minha segurança cognitiva em sua conduta, então seria mais plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos de natureza penal" (*Ibidem*, p. 149).

uma flexibilização das garantias penais proporcionalmente atrelada à intensidade da sanção. Excepcionalmente, admite um Direito Penal de “terceira velocidade”, no qual o Direito Penal “da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”.

Referida ideia merece algumas críticas: 1) do ponto de vista científico-sistêmico, conduz à quebra da teoria do delito como concepção geral e uniforme do ilícito, em claro retrocesso histórico; 2) também, aproxima-se muito das propostas de Hassemer e outros – exceto pelo fato de propor a manutenção do Direito Penal de “segunda velocidade” dentro do próprio Direito Penal – no sentido de um direito da intervenção (*Intervenktionsrecht*), cujo conteúdo ainda carece de precisão; 3) ainda, traria, para dentro do Direito Penal, a possibilidade de relativização das garantias penais heróica e historicamente conquistadas; 4) não se pode deixar de apontar também que criaria um Direito Penal de classes, em que seriam sancionados, com pena privativa de liberdade, os indivíduos de camadas menos favorecidas, enquanto, na delinqüência agressiva aos bens coletivos (por exemplo, a que atinge a economia), seus autores seriam sancionados com penas não-detentivas; 5) outrossim, desconsideraria o caráter estigmatizante que possui qualquer pena criminal, ainda que não-privativa de liberdade; 6) e, afinal, um Direito Penal de velocidades causaria uma inapropriada atuação do princípio da proporcionalidade.

4.4 Deficiências das teorias apresentadas frente à complexidade social

A construção da teoria do delito e do tipo penal pressupõe, conforme se demonstrou, um conteúdo mais amplo de reflexão do que o permitido pela dogmática jurídica, moldada a partir de um individualismo metodológico. A tipicidade descrita de Beling não teria sentido se não derivasse da idéia naturalista da ação, percebida pelos meios sensoriais. A visão neokantiana do tipo penal e sua normatização *a priori*, da mesma forma, também não poderiam ser utilizadas senão partindo da desorganização do mundo contingente e sua correlação com formas puras e verdadeiras da metafísica. A pretensão finalista (Hans Welzel) tampouco

possui o privilégio de poder ser desconectada do ontologismo atribuído às relações e dados do mundo real.

Embora se reconheça, então, os avanços gerados pelas teorias da imputação objetiva, que se descreveu anteriormente, entende-se que a sua evolução (em referência aos modelos que as antecederam) estrutura-se como resposta a uma semântica do risco ainda limitada. Precisamente, o diálogo crítico-constitutivo dessas novas teorias realizou-se, de forma mais acentuada, com a sociedade de risco de Ulrich Beck que, como se demonstrou no capítulo anterior, ainda propõe uma base ontológica para observar o risco. Nesse sentido, entende-se ser necessário, para a contínua atualização reflexiva do *modus operandi* da tipicidade penal, o favorecimento de perspectivas teóricas mais sofisticadas, como a teoria pós-ontológica luhmanniana.

Como forma de materializar tal argumento, define-se melhor essa perspectiva pós-ontológica nas palavras de Jean Clam, que afirma:

Luhmann produz a idéia de uma teoria pós-ontológica e a efetiva em longos trechos de uma teoria da sociedade. Idéia e exposição freqüentemente assumem a forma de uma teoria da teoria, mais precisamente, de uma teoria da teoria da sociedade – a sociedade entendida como o lugar da emergência de sentido na comunicação, que, por sua vez, deve ser entendido com construção intersubjetiva de intenções de sentido de modo geral. Esse tipo de teoria se faz entender por meio daquilo que, na comunicação social, pode constituir um acordo quanto à condição da possibilidade de descrições teóricas. Ela possui de antemão um traço intensa e profundamente reflexivo.⁴⁴¹

Por isso, nessa ótica, a dinâmica decisória do subsistema jurídico, ao desconectar estes padrões, constrói teorias que reúnem concepções filosóficas distintas e, muitas vezes, incompatíveis. O presente cenário do Direito Penal brasileiro ostenta claramente essa situação de fragmentariedade, o que pode ser constatado pelas motivações jurisprudenciais como pelas formulações doutrinárias.

Atualmente e diante da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, responsável pela alteração da Parte Geral do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro

⁴⁴¹ CLAM, 2006, p. 304.

de 1940), pode-se afirmar que o finalismo assumiu preponderante papel na doutrina brasileira no que tange, aos mesmos, à estruturação da teoria do delito.⁴⁴² Ao mesmo tempo, contudo, diversas concepções ressaltadas pela leitura neokantiana são constantemente utilizadas, ainda que em dissonância com o ontologismo finalista supostamente assumido. Chega-se ao extremo, portanto, de se adotar uma teoria em determinado aspecto (tipo penal objetivo e subjetivo), e desprezá-la nos demais (ação finalista ontológica), como se a parcela assumida não fosse consequência do restante abandonado.

A cultura jurídica brasileira acaba, assim, ao mesmo tempo, no bojo jurisprudencial, aplicando à teoria do tipo finalista, a noção de bem jurídico neokantiana e, se não bastasse, a postulação causal-naturalista do conceito de ação. Tudo isso culmina numa amorfa teoria do delito, dissonante em si mesma, admitindo-se conclusões de tipicidade incompatíveis, por exemplo, com a culpabilidade normativa apregoada pelo finalismo.⁴⁴³ Logo, nenhuma dessas perspectivas teóricas se mostra, hodiernamente, apta a observar a complexidade que engendra a forma de produção da semântica da tipicidade penal.

Ainda hoje, verificam-se decisões judiciais que aplicariam a suposta tese finalista e, concomitantemente, determinam penas e medidas gravosas fundamentadas em periculosidade, caráter delinqüente. Em suma, construções teóricas positivistas italianas que jamais foram recepcionadas pela teoria finalista e remetem às teorias do dolo. A situação do Direito prático, nesse sentido, é inusitada no Brasil. Sem dúvida, a influência do neokantismo em nossas decisões é constante, sempre avalizada na busca da suposta verdade trazida pela jurisprudência, pretensiosamente capaz de alcançar aquilo que de mais imemorial e puro possa existir no Direito. Por outro lado, a teoria finalista da ação e sua decorrência dogmática deveriam implicar respostas lastreadas pelo mundo ontológico do ser,

⁴⁴² Evoque-se, no sentido, o entendimento de Guaragni: “A reforma de 1984, dando nova redação à parte geral do Código Penal brasileiro, acolheu a teoria finalista, da ação como se poderá verificar pela inclusão do dolo na estrutura do tipo legal de ilícito, de que é exemplo o erro sobre os elementos do tipo e o erro de proibição (CP, arts. 20 e 21). No mesmo sentido, é a nova regra sobre o concurso de pessoas ao cominar pena diferenciada se algum dos concorrentes *quis* participar de crime menos grave (CP, art. 29, § 2º)” (GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias das Conduta em Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 8-9).

⁴⁴³ WELZEL, 2003, p. 218-20.

pelas categorias lógico-objetivas que, segundo os seguidores dessa doutrina, antecedem ao próprio conhecimento humano.

De qualquer modo, essas considerações se fazem relevantes no tocante às críticas atuais sofridas pelo funcionalismo como nova escola penal no Brasil. Longe de ser não-passível de críticas ou contrapontos, o funcionalismo, contudo, apenas pode ser concebido como um momento de abertura, influenciado por filosofias que consigam observar as insuficiências de uma tipicidade penal fechada e, ao mesmo tempo, entenda que a abertura e reformulação do tipo é feita pelo próprio subsistema penal, mantendo sua congruência e unidade operativas internas. Esse jogo de abertura e fechamento sistêmico é o que se define como tipicidade autopoietica.

Por outro vértice, o pensamento dos autores que propugnam o discurso de resistência e a conseqüente criação de um “Direito de intervenção” (Winfried Hassemer) ou “Direito Penal de duas velocidades” (Jesús-María Silva Sánchez) apresenta uma característica comum. Em ambos, existe uma visão claramente preconcebida do mundo do “dever-ser” e exatamente essa imagem já formulada é aquela que oferece todo material para a contestação do atual estágio do Direito Penal.

Nesse sentir, estabelece-se um interessante método crítico de constante conferência e falsificação do ordenamento posto, uma vez que o Direito que “é” precisa estar sempre correspondendo àquele padrão ideal refletor do que “deveria ser”. Ao mesmo tempo, a fixação do que “deveria ser” é algo, até certo ponto, arbitrário, já que apenas pode ser construído dentro de determinados parâmetros subjetivos ou intersubjetivos, de pré-compreensão.

Outro problema ainda encontrado com essa forma de pensar é sua não-referência real, haja vista que, em última análise, o Direito Penal é aquilo que está previsto nos ordenamentos, mesmo que se possam analisar diferentes mecanismos hermenêuticos, bem como a crescente normatização da tipicidade.

O ponto fundamental do discurso de resistência, nesse sentido, está em seu próprio interlocutor. Os importantes questionamentos críticos feitos por Hassemer e Silva Sánchez direcionam-se, de fato, ao legislador, escapando dos limites a que fica adstrita a teoria do delito como discurso intermediário entre a abstração da norma e a concretude do caso. Se a mensagem de resistência se apresenta como uma proposta legislativa, esse discurso acrescenta, na seara jurídica, mais uma vez, a complexidade existente na relação entre Direito e poder ou, ainda, entre Direito e sociedade.

Nunca pode ser esquecida a motivação última de produção legislativa como representativa de uma vontade expressada no Poder. Discutir a consciência de uma legislação, ainda que se faça de forma ideal e pré-concebida como nos modelos mencionados, significa sempre optar por soluções jurídicas diversas daquelas apresentadas, e disso resulta a definitiva imbricação com o subsistema político, capaz de selecionar essa escolha.

É inegável que as propostas destes autores e seus seguidores são boas, “justas”, aqui sendo a expressão compreendida como ponderadas, equilibradas e virtuosas, porém, não resolvem a complexidade social hodierna.

Ninguém ousa duvidar, ao menos academicamente, que uma sociedade com menos Direito Penal e mais garantias individuais e sociais seria uma sociedade verdadeiramente melhor para o homem desenvolver, com liberdade, suas capacidades. Todavia, se a análise da tipicidade aberta ficar reduzida ao discurso de resistência, imediatamente dois obstáculos epistemológicos são encontrados: (I) a crítica residirá apenas em fatores externos ao próprio subsistema criminal e, (II) o material de comparação para a crítica é sempre idealizado e, exatamente por isso, questionável.

Nessa linha de idéias, percebe-se que a crítica externa, não obstante sua imprescindível veemência política, não desenvolveu ainda uma maneira de incorporar, em suas premissas, a relação peculiar entre subsistema jurídico e sociedade, isto é, aquele integra esta.

A sociedade de risco tem peculiares requisitos, como a urbanização, a globalização, a racionalização legal etc., os contatos anônimos, a inafastabilidade do risco, as tentativas frustradas de democratização política e econômica-financeira. O subsistema jurídico, da mesma forma, ganha nessa sociedade uma noção de pluridimensionalidade jamais vista. A temporização do Direito exige um conhecimento interdisciplinar, capaz de entranhar-se em suas estruturas, potencializando, portanto, uma abertura sistêmica programada e, ao mesmo tempo, um fechamento codificado, atualizando autopoieticamente cada decisão (tipicidade autopoietica).

Todo o pensamento europeu, desde a década de setenta, iniciou uma constante revisão jurídica, avistando, como cenário da crise do positivismo e do fim do jusnaturalismo, a necessidade de absorção e renovação da teoria do Direito como crítica do Direito e de compreensão do sistemismo luhmanniano.⁴⁴⁴

Desse modo, a relação entre a tipicidade penal e a sociedade de risco deve ser estabelecida nos mesmos mecanismos qualitativos em que são colocados os pontos de vínculo entre o Direito e a sociedade. Vislumbra-se estabelecer como a tipicidade penal consegue alterar a sociedade de risco no tocante à tutela das relações sociais e, mais do que isso, até que ponto a sociedade de risco altera a tipicidade jurídica; ou seja, em que termo, esta é produto condicionado daquela.

A tipicidade deve ser criticada quanto às suas opções seletivas de criminalização, bem como quanto às suas formas de criminalização (tipo de perigo, tipo aberto). Todavia, a compreensão que passa à deriva do discurso de resistência é a tentativa de explicar o porquê de os tipos penais assumirem certas feições. Essa busca da explicação não é meramente acadêmica, pois, ao entender ser a sociedade e suas comunicações produzidas autopoieticamente, os condicionantes da tipicidade e o discurso jurídico ganham em complexidade, de forma mais sistêmica, isto é, autopoietica.

⁴⁴⁴ GIORGI, Raffaele de. **Luhmann e a Teoria Jurídica dos anos 70**. Traduzido por Luzi Fernando Mussolini Júnior. In: CAMPILONGO, 2000, p. 179-80.

Criticar os delitos que protegem, por exemplo, o meio ambiente,⁴⁴⁵ não pode se resumir, se de fato pretende-se aprofundar a questão, no tópico relacionado aos tipos de perigo, cumulativos, ou ainda, se o bem jurídico tem ou não, relevância penal.

A criminalização do meio ambiente espelha um universo, uma dimensão social muito maior, uma vez que sua inserção jurídico-penal reflete o resultado de um modo produtivo que nunca se preocupou com qualquer cuidado com a natureza.

Além disso, mais uma vez se retorna ao problema da utilização, por parte do pensamento específico de Hassemer (conceito funcionalista de controle social), do Direito Penal clássico, que, como já salientado, denota uma época específica e uma determinada finalidade incompatível com a sociedade pós-moderna.

A sociedade de risco e as comunicações sociais, que propiciam as formas conceituais da ação naturalista, social neokantiana ou finalista,⁴⁴⁶ como consequência lógica, consomem os modelos da teoria do delito adstrito a essas formatações dos comportamentos. A imputação objetiva, observada pelo sistemismo luhmanniano, é uma edificação teórica que consegue vislumbrar alguma capacidade de garantir expectativas (expectativas normativas) na sociedade complexa.

Diante disso, imperativa se faz a análise das formatações sociais, dos novos modelos erguidos à condição de tipos penais e, ao mesmo tempo, do discurso dogmático que compreende essa sistematização. A dinâmica social (reflexividade) superou a possibilidade de aplicabilidade das categorias até então analisadas. Não

⁴⁴⁵ Nesse sentido: “O Direito Penal Ambiental positiva-se, não raro, mediante normas incriminadoras imperfeitas, de tipos anormais, que não contêm em si todos os elementos necessários para um completa subsunção do fato à ‘fatispecie’” (FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005. p. 445).

⁴⁴⁶ A respeito de tais teorias da ação, ministra Ronaldo Tanus Madeira: “A conduta – ação ou omissão como manifestação da vontade no mundo exterior – é o que predica, qualifica, conota um fato no mundo transcendente, como ‘um fato humano’, e não mero processo mecânico ou natural. Assim é que tanto a teoria causal da ação – que, considera a existencialidade da conduta humana somente no tipo, no plano normativo, como evento jurídico previsto em lei penal e dependente da vontade –, como a teoria da ação final –, que antepõe a sua existencialidade pré-típica a que o legislador, necessariamente, há de vincular-se, bem como a teoria social da ação –, que em afirmar que o primeiro elemento da estrutura do conceito de crime é um ação ou omissão humana” (MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A Estrutura Jurídica da Culpabilidade**. Rio de Janeiro, 1999. p. 1).

se consegue racionalizar o poder com os postulados neokantismos ou ontológicos quando aplicados ao meio ambiente, à internet, ao sistema financeiro (nacional e internacional), à genética, os quais, por mais que se possa discordar da idéia, tornaram-se irreversivelmente objetos da tutela dos tipos penais da pós-modernidade.

Nesse aspecto, importa, como último tópico, uma aproximação à tipificação penal, que incorporou o risco, bem como sua dificuldade de concreção real e os seus instrumentos – como a imputação objetiva –, capazes de racionalizar consensualmente a tipificação dos comportamentos na sociedade pós-moderna.

4.5 O tipo penal e o risco social: tipicidade autopoietica

A forma que a imputação objetiva considerou adequada para articular os limites de abrangência da criminalização reportou-se à inserção do risco proibido como um elemento da tipicidade.⁴⁴⁷ Isso significa a tentativa de racionalização dos tipos penais e suas definições, os quais permanecem buscando possuir um critério objetivo de verificação, evitar o arbítrio judicial exacerbado, ao conceituar, e entender às noções tipológicas mais normativas (menos descritivas).

O risco proibido ou o risco permitido estabelece um momento argumentativo, justificado e plausível de legitimação da intervenção penal, ao menos dentro de uma determinada e específica sociedade de risco.

O conceito de risco proibido não se reduz aos tipos penais notoriamente abertos. Ao contrário, a crescente normatização da tipicidade, induzida pelas alterações e formatações das relações sociais que busca descrever, apega-se, de modo efetivo, em todas as modalidades criminais de descrição de comportamentos.

⁴⁴⁷ Diante disso, o risco permitido atua como excludente de tipicidade, como afirma Jakobs: “Um comportamento que gera um risco permitido é considerado socialmente normal, não porque no caso concreto esteja tolerado em virtude do contexto em que se encontra, mas porque nessa configuração é aceito de modo natural. Portanto, os comportamentos que criam riscos permitidos não são comportamentos que devam ser justificados, mas que não realizam tipo algum” (JAKOBS, 2000, p. 38).

O fenômeno da normatização apresenta-se em duas frentes concomitantes, ou seja, ao mesmo tempo em que fomenta a criação dos tipos abertos, também deixa mais incertos aqueles então vistos como fechados.

A reflexividade da sociedade de risco, ao criar novos padrões de relações que demandam uma tipicidade aberta, da mesma forma altera os contatos subjetivos antes sedimentados e que, por suas vezes, pareciam outorgar segurança aos velhos paradigmas penais de imputação. Uma sociedade que muda tudo a todo tempo modifica também o conteúdo de algo que pretende relatar criminalmente o fenômeno que observa.

A ciência e a tecnologia revêem, com constância, seus padrões de risco. Certezas antes difundidas e incontestes perdem rapidamente essas características. O paradigma da verdade científica é desencantado no mencionado fenômeno do desencantamento do desencantamento. O risco hoje tolerável, adicionado ao ingrediente da maior atenção política ou cultural, transforma-se no risco típico e, destarte, criminoso.

Nesse contexto e diante de uma sociedade que se desencanta, a busca pela verdade torna-se um comprometimento tormentoso e inalcançável. Os espaços destinados às tarefas inglórias, por sua vez, são os locais propícios para a germinação de conceitos formais, desprovidos de conteúdo, adaptáveis, relativizados. Um conceito que surge desse cenário, sem dúvida, foi o risco proibido. Não é de todo estranho a dificuldade que encontram os pensadores da imputação objetiva em estabelecer qual seria verdadeiramente o conteúdo dessa idéia.

Muitos são aqueles que articulam, com primor e minúcias, a introjeção do risco na tipicidade penal, mas, por outro lado, raras são as estratégias metódicas voltadas a tentar estabelecer como a sociedade poderia buscar materialmente o preenchimento dessa expressão (lacuna).

Ao longo da exposição dos pensadores, expoentes europeus da dogmática penal, todas as assertivas de alcançar um substrato ao risco proibido (ou permitido)

se mostraram também formais. Trocou-se tão-somente a formalidade da “insuportabilidade do risco” por “custos e benefícios”, “riscos normais e usuais” ou, ainda, “condutas culturalmente sedimentadas”.

Tudo isso deriva de duas noções fundamentais: (I) o risco espelha uma circunstância, uma “atenção política e cultural”, e não, uma verdade; (II) a noção do risco proibido é, em si mesma, formal; dito de outro modo, um “código forte”. Isso tudo implica dizer que, se o risco reúne essas caracterizações e também está contido nos tipos penais, os modelos de tipicidade passarão a incorporar, da mesma forma, essas duas facetas. Pode-se dizer que o tipo penal, na sociedade de risco, não representa ou espelha verdade alguma, mas uma visão parcial desta e, além disso, assume uma consolidação formalizada, possuindo internamente um elemento de forte codificação e estabilização.

A teoria funcionalista autopoiética, especificamente neste aspecto, permite sua utilização como uma ferramenta crítica ao Direito. Ao postular o Direito como um subsistema parcial (social) de manutenção/alteração auto dirigido, passa a desmistificar as ideologias que, em tantas oportunidades, servem para legitimar metafisicamente as proibições, outorgando-lhes caráter de legitimidade. Porquanto, a autopoiesis não significa apenas um acontecer; é sim a predisposição particular das estruturas e interações no interior dos sistemas a controlar e a desenvolver, de modo a possibilitar a estes se regularem a si próprios e se controlarem mutuamente.

Se as normas consistem em garantir permanência às expectativas e imunizá-la em face das decepções, parece ser notória a função política do Direito como ferramenta de manutenção de certa ordem ou forma social.

O tipo penal restará sempre “irritado”, em face de sua abertura cognitiva, pelo devir social. Sua complementação (risco proibido) consistirá numa certa visão dominante, o que não necessariamente se identifica com uma regra de maioria. O primeiro passo para a constituição de uma regra formada por desejos gerais é notar a força política que se depreende por detrás da tipificação, ou seja, não a alienar.

A complementação de conteúdo do risco proibido para fins de sua articulação na tipicidade não deriva dos riscos existentes em si mesmos. Redunda da forma como a sociedade consegue compreender esses problemas adstritos às formas de vida pós-moderna. Por sua vez, a energia nuclear, apenas como um exemplo mais notório, sempre potencializou, com sua existência, bombas reais e fatais. Todavia, apenas após o acidente nuclear de Chernobyl, em 1986, é que foram percebidos os sensíveis efeitos deletérios aos quais os cidadãos se submeteram com suas próprias criações. Um remédio utilizado em escala global apenas se destina a aspectos curativos, a não ser que, anos depois, se percebam os danos colaterais que é apto a causar, como recentemente aconteceu com o antiinflamatório prexige.⁴⁴⁸ O remédio e a usina sempre ofereceram riscos, porém esses mesmos riscos apenas são considerados para fins de estruturação social e jurídica com os respectivos conhecimentos. Daí dizer que o risco sempre pode ter “existido”. Contudo, isso não é importante, uma vez que o reconhecimento social dessa comunicação, “risco”, é, paradoxalmente, impossível de ser tratada em termos ontológicos, pelo simples fato de o risco ser a negação de qualquer ontologia.

A concentração da tipicidade, portanto, entendida como a conceituação dos parâmetros do risco proibido, é um momento posterior e mutável. O sentido (e o conteúdo) do tipo penal é dado indiretamente pela reflexividade da sociedade de risco, e diretamente por sua reflexão. Disso resulta que o tipo não possui uma interpretação verdadeira, absoluta, mas resulta de uma determinada observação/operação social contingencial, isto é, com alto nível de insegurança.

Para o jurista que sempre trabalhou diante do método positivista esta consideração é inaceitável, posto que significaria a perda da segurança jurídica, da previsibilidade, da ordenação. Esses conceitos, entretanto, se mostram artificiais diante da pós-modernidade.

Na verdade, essas características nunca existiram e, de fato, previsibilidade e ordenação sempre deveriam ser observadas como opções também políticas de prever algo determinado como pretensamente “verdadeiro” e “justo”. Esses

⁴⁴⁸ FOLHA de São Paulo. Disponível em: <<http://www.folha.com.br>> Acesso em: 23 jul. 2008.

conceitos mascaram, ideologicamente, as opções de força por detrás do subsistema jurídico, ocultando os verdadeiros embates que se colocam quando da aplicação da lei e concretização da tipicidade penal. O risco permitido apresenta a possibilidade de escancarar as portas para os diálogos acerca dos limites de suportabilidade dos problemas enfrentados na sociedade pós-moderna. Pode, talvez, passar a exigir do jurista uma definição sobre a qual ele não poderá utilizar a falácia de ser “verdade”.

Se o desapego de um mundo supostamente real causa desconfortos, por outro lado, abre o espaço para o debate, para o “melhor argumento”; destrói a noção de autoridade e certeza e reaviva o discurso apodítico como instrumento de percepção e reflexão do mundo.

A cada conflito, em todos os juízos de tipicidade, instaurar-se-á um discurso jurídico verdadeiramente democrático, no qual o jurista deve compreender o mundo – dentro de suas estruturas – e interpretá-lo criminalmente de acordo com a variedade de possibilidades incidentais da norma penal incriminadora. Os julgamentos não mais podem ser vistos como punições de atos rigorosamente científicos,⁴⁴⁹ pré-concebidos, irrefletidos, mas, do contrário, como opções culturais depreendidas de argumentos contrapostos.

Nesse sentido, o risco proibido, como categoria típica, é formal, ou seja, um código forte destinado à estabilização e conversão de parâmetros, buscando-se, em cada hipótese, seu código fraco ou material.⁴⁵⁰ A afirmação de consistir o risco proibido como sendo originado daquelas condutas que extrapolam os limites de suportabilidade exigidos perfaz um conteúdo meramente formal, “[...] um instrumento

⁴⁴⁹ “De fato, não há conhecimento científico empírico moderno que seja cientificista: nenhuma ciência substantiva moderna, inclusive a Física, se considera em si mesma, hoje em dia, ciência exata, mas apenas ciência probabilística. A ‘exatidão’ em ciência seria meramente formal, convencional, como a das ciências formais, e Lógica e Matemática. De tal maneira que, ainda quando afirma leis substantivas determinística (leis que estabelecem que uma relação sempre ocorreria: se X, então sempre Y, essas leis não são exatas, mas probalísticas” (SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito**: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 88).

⁴⁵⁰ Os conceitos de códigos fortes e fracos aqui utilizados são extraídos de FERRAS JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002. p. 231-44.

para a comunicação entre os homens, que permite que os problemas da comunicação social sejam discutidos racionalmente”.⁴⁵¹

Nas discussões em concreto, todavia, parte-se para o debate do que seja de fato o risco proibido, sua incidência circunstancial, o que apenas valoriza o argumento como o efetivo construtor do Direito reflexivo.⁴⁵² Nesse traçado, o tipo penal autopoietico tem sua abrangência constantemente atualizada por si mesmo, realçando a normatividade como produto de uma observação sistêmica atingindo sua clausura operativa (fechamento operacional).

Contudo, o pensamento argumentativo, consistente apenas numa possibilidade consensual de estabelecimento dos limites do tipo penal autopoietico, significa uma forma diferenciada de assinalar o fenômeno da tipicidade penal aberta e fechada. As formas de produção da riqueza e as comunicações sociais por estas estabelecidas criam o fenômeno da jurisdicização à sua imagem e semelhança. Porém, talvez pela discussão aberta e coerente, seja possível buscar, de alguma forma, o aperfeiçoamento democrático (abertura e fechamento), principalmente partindo da avaliação das precípuas intencionalidades do atual exercício do discurso jurídico. Mesmo que pareça ingênuo, suscita-se a reflexão.

⁴⁵¹ FERRAS JÚNIOR, 2002, p. 231.

⁴⁵² Teubner propõe a seguinte explicação: “De direito reflexivo poder-se-á falar se, e apenas se, o sistema jurídico se identifica a si mesmo como um sistema autopoietico num mundo de sistemas autopoieticos, e extrai dessa auto-identificação consequências operacionais” (TEUBNER, 1989, p. 138-9).

5 CONCLUSÃO

O Direito Penal clássico, assim como seu arcabouço de princípios, tem como pressuposto toda uma conjuntura política e cultural, responsável pelo estabelecimento de possibilidade social (material) para seu surgimento. A compreensão plena dessa modalidade jurídica positivada e orientada pelos corolários Iluministas apenas pode ser verificada quando inserida nos padrões de existência de uma época, ou seja, na forma como os homens se relacionavam na produção social da riqueza no passado. A construção clássica tem como desiderato fundamental evitar os desmandos do “soberano”, criando a liberdade necessária para o desenvolvimento de uma nova classe então incipiente. A igualdade, a previsibilidade, a segurança jurídica passam a ser instituições imprescindíveis para constituir as balizas e as potencialidades de um novo sistema econômico-social. Altera-se a arbitrariedade do “déspota” pela racionalidade formal do tipo penal (princípio da legalidade – a partir do pensamento de Beccaria).

O tipo penal, ao relatar juridicamente um comportamento humano de necessária relação intersubjetiva, segue o mesmo grau de complexidade das relações socialmente concebidas e percebidas por meio da reflexão.

Uma sociedade básica apresenta tipos penais simples, de fácil verificação e tranqüila apreensão de seu conteúdo (ação, resultado e nexa causal). Ao contrário, uma sociedade mais complexa ou muito estruturada depende, para a sua regulação jurídico-penal, de descrições típicas que consigam transportar para a linguagem normativa uma ampla gama de variáveis de atuação, inclusive, o risco. A forma como esse aprofundamento da complexidade se reflete no tipo penal significa a crescente e progressiva abertura da tipicidade à interpretação, propiciando uma capacidade de originalidade para casos desconhecidos e imprevisíveis. Através da atribuição concreta de sentido ao tipo, a sociedade de risco representa e define-se criminalmente (normatização). Isso quer dizer que, para a afetação penal das relações na pós-modernidade, o subsistema do Direito responde (pela autopoiesis) com a normatização típica, percebendo a ineficiência dos antigos paradigmas fechados de imputação (positivismo casualista/finalista). Nesse instante, instaura-se

um atribulado problema político, qual seja, maior abrangência da tipicidade penal e, em decorrência disso, menos garantias clássicas (taxatividade, hermetismo, certeza).

A interdisciplinaridade permite a percepção do vínculo entre o tipo penal (e sua normatização) com os padrões de comportamentos sociais atuais. Essa abertura do tipo penal não deriva de uma vontade revelada ao legislador, mas resulta de condicionantes estruturais, que se voltam sobre as formas jurídicas e as tornam adaptáveis a uma nova realidade social necessitada de tutela.

O Direito Penal opera como mais um mecanismo formal na garantia e no suporte da reprodução de um determinado sistema social – de certa forma de vida –, salvaguardando as expectativas mínimas e fundamentais para a estabilização e conformação com as desilusões.

A reflexividade da sociedade de risco redundando na constante oferta de novas técnicas capazes de instrumentalização para a prática de crimes, desincorporando, em contrapartida, os arquétipos jurídicos arcaicos. O fornecimento desses mecanismos, além disso, é sempre mais veloz que a atualização legislativa e seus próprios limites lingüísticos e formais. A normatização – inclusive a utilização das normas penais em branco – possibilita a inserção típica do universo social complexo, dinamizando a criminalização e, conseqüentemente, tentando manter o código/programas jurídico-penais necessários para a continuidade de um sistema pautado na organização social.

Os tipos penais incriminadores possuem seus conteúdos especificados por meio do exercício do poder político legislativo, que, através de seus procedimentos inerentes, cristaliza os comportamentos que, uma vez realizados, passam a ser merecedores da resposta estatal mais severa. A utilização da tipificação expressa é a maneira como o subsistema penal se comunica com seus interlocutores, uma vez que, por meio da lei, é realizada a publicidade (comunicação) do conteúdo proibido.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que o tipo penal reflete o comportamento apenado, ele também permite a cognição necessária para a avaliação de decisões políticas (de poder), ora emolduradas como categorias jurídico-penais. As opções valorativas de criminalização, assim como o Direito Penal e seus ideais em si mesmos, não surgem do acaso, de um universo natural superior. Ao contrário, refletem as condições materiais que lhes permitem assumir determinadas características concretas sociais.

O tipo penal como representação formal do princípio da legalidade obteve seu apogeu com o pensamento formulado por Beling. A tipificação, completamente desprovida de elementos subjetivos ou normativos, vislumbrava uma construção dogmática capaz de compreender os movimentos em prol da rigidez e da suposta certeza que eram exigidas pelo Direito Penal naquelas circunstâncias. A tese descritiva do tipo penal traduziu, com rigor, o pensamento positivista analítico, com absoluta primazia das formas em detrimento dos criticáveis conteúdos de apreciação jurídica. O tipo resume-se na lei, sendo independente, para seu aperfeiçoamento, de qualquer outro elemento para a consubstanciação completa do conceito de crime tripartite. A própria evolução social, todavia, fez com que as teses de Beling não se sustentassem, tendo em vista as complexidades assumidas pelas “imagens reguladoras” e as formas de interação entre as ações/omissões sobre as quais estas necessitavam operar.

O pensamento neokantiano, ainda forte no Brasil, começa a ser incorporado à trajetória dogmática do tipo penal com o pensamento de Mayer, que é capaz de perceber que a tipicidade, mais do que apenas descrever, serve para indicar os aspectos valorativos (normativos) e subjetivos que subsistem. Com essa formulação, o tipo penal inicia a perda de uma visão literal, estanque, independente. A importância sistemática do pensamento de Mayer reside exatamente na demonstração da impossibilidade de existência de um tipo penal que, nem indiretamente, importe em algum juízo de valor. O tipo, embora não se confunda com a ilicitude (antijuridicidade), de alguma forma, a esta se reporta, realçando os indícios da conduta contrária ao ordenamento. Pela primeira vez, o tipo comporta um

sinal axiológico, desmistifica-se em sua neutralidade; insere-se num contexto dotado de sentidos.

A teoria do tipo penal espelhada na corrente neokantiana, de máxima identificação entre os universos axiológicos e de positivação, encontra a defesa de Mezger, que postula ser este a *ratio essendi* da antijuridicidade. A grande contribuição desse pensamento reside na percepção da necessária compreensão semântica a que está sujeita a literalidade da norma penal positivada. Não obstante, à crítica para a busca da complementação de sentido num universo imemorial e supostamente pré-existente, o normativismo neokantiano possibilitou um caminho importante para a constatação, hoje em dia, da arbitrariedade que, muitas vezes, reflete a proposição proibitiva. A leitura metódica, nesse aspecto, cria uma potencialidade maior de verificação da real amplitude do discurso jurídico. Ao mesmo tempo em que a frustração da busca neokantiana pela metodologia das “formas puras” malogra, abrem-se os espaços para uma construção crítica, historicizada e de interesse por detrás do Direito.

O finalismo de Welzel significou um profundo avanço para o desenvolvimento do tipo penal. Tal constatação redundou da construção da tipicidade subjetiva, decorrência lógica da elaboração da teoria da ação final e seu embasamento fenomenológico. O tipo subjetivo permitiu integrar na tipicidade penal os elementos dolo e culpa, facilitando sistematicamente a compreensão dos limites e importâncias destes institutos na dogmática do delito.

Todavia, o finalismo mostrou sua deficiência no apego às categorias ontológicas, atribuindo ao jurista um papel de mero reconhecimento das formas de expressão da natureza e das relações consubstanciadas nas estruturas “logico-objetivas”. Nesse traçado, o pensamento finalista não consegue apontar racionalmente a forma de transmutação indutiva dessas categorias prévias em postulações jurídicas. Destarte, o tipo penal pode ser compreendido como o espelho de formas prévias, contudo, esses mesmos modelos dados acabam permanecendo como alvos de decisões, ou seja, de elaborações conceituais arbitrárias de poder. Na sociedade de risco, em que as formas de interação social são dinâmicas, resta

difícil a justificativa dos conteúdos das tipificações com base em parâmetros *a priori* de existência.

A relação entre tipo penal (como redutor de complexidade) e sociedade de risco deve ser vista de forma desencantada, através de uma relação estrita de dependência e condicionamento na comunicação sistêmica. Essa vinculação não importa apenas aos conteúdos das proibições (meio ambiente, sistema financeiro, ordem tributária etc.), mas pode ser estendida às formas de operacionalização típicas (tipos abertos, de perigo, normas penais em branco). As proibições penais tentam manter uma estabilidade de expectativas comportamentais, que transformam as decepções em exceções sociais e, assim, permitem a tranquilidade necessária para as condutas inerentes à formatação do sistema social. Os princípios clássicos, que fazem parte do arcabouço ideológico de legitimação da repressão penal, cedem exatamente no instante em que se transformam em empecilhos à adaptabilidade das prescrições positivadas; não conseguem reagir (comunicar), com a devida elasticidade, às irritações no sistema. A alteração do subsistema penal não advém de um movimento alternativo e externo à sua dinâmica própria, mas resulta das contradições operativas internas (autopoiesis), que começam a incidir quando de uma nova realidade social (acoplamento estrutural) – tipicidade autopoietica.

A sociedade de risco, com sua modernização reflexiva, faz com que o próprio sistema social se coloque como objeto de análise, fomentando a discussão das formas de produção da riqueza e, em consequência, de produção e aumento dos riscos respectivamente inerentes a tais situações. Tal resultado promove o definitivo rompimento da barreira erigida entre o subsistema penal (dogmática penal) e os anseios materiais da sociedade (política criminal), o que resulta em dizer que as discussões acerca da suportabilidade dos riscos (riscos proibidos) adentram diariamente aos modelos de criminalização. No cerne da tipicidade penal objetiva, passam a ser articulados os produtos da “diagnose” do risco. A conduta criminosa é aquela que produz um risco não-permitido, ainda que se possa discutir sobre a ocorrência ou não de um resultado de cunho naturalístico. A reiteração de alguns comportamentos coloca em alerta as bases sustentadoras das formas específicas de relações sociais modernas, mesmo que seja difícil estabelecer, haja vista a

crecente descrença científica, os verdadeiros limites de periculosidade. Surge mais um espaço propício para o discurso do poder, convalidado em instâncias legislativas e jurídicas. Finalmente, o risco é introduzido como mais um elemento valorativo da tipicidade, contribuindo para o desenvolvimento da tipicidade penal autopoiética.

O advento crescente dos crimes de perigo no âmbito do Direito Penal atual sugere sua estreita correlação com a importância atual dos chamados direitos difusos, que surgem, juridicamente, como fruto de sua correspondente atenção na pós-modernidade. A complexidade das relações sociais impende do Direito Penal o controle às instâncias sociais (economia, finanças, meio ambiente etc., em virtude do código/programas específicos), centralizando a supervisão (gerenciamento) dos comportamentos que, em grupos mais incipientes, podem ocorrer de maneira descentralizada. O abandono do bem jurídico individual – ou sua convivência coletiva com aqueles supra-individuais – culmina na reinterpretação do conceito de lesividade, inaugurando um sistema penal gerencialista e esperançoso. O aumento da reflexão na sociedade de risco faz perceber a necessidade desse Direito organizador, de sorte que os tipos penais autopoiéticos se incrementam não pelos seus atributos em si mesmos, mas porque aparentam ser a ferramenta mais funcional e complexa para esse conceito de finalidade adstrito ao universo jurídico-penal. Os crimes de perigo (crimes de resultado de perigo), assim, são os delitos típicos de uma sociedade de risco, que, verdadeiramente, não busca suprimir os seus problemas por completo, porém, apenas resguardá-los em padrões mínimos e razoáveis de tolerância social.

Ao lado do fenômeno de normatização dos tipos penais, a sociedade de risco também funciona como um fator de propulsão ao incremento da severidade do Direito Penal em suas facetas negativas e tradicionais. O subsistema penal, historicamente voltado para as “classes baixas – *crime of the powerless*, não perde essa característica, podendo-se apenas dizer que não tem mais, nesses grupos economicamente excluídos, seus únicos e exclusivos interlocutores. O avanço das forças produtivas, incorporadas pelas relações sociais que as respaldam, promove uma desigualdade econômica cada vez maior, o que resulta, de imediato, na sensação de insegurança social em face da criminalidade violenta e constante.

A tipicidade penal autopoiética não pode significar o desprezo por completo dos corolários constituídos no Estado Democrático de Direito. Os limites de abrangência da tipicidade devem ser estabelecidos, senão mais pela estrita taxatividade, pelos instrumentos de imputação objetiva e pelo próprio sistema autopoiético, que conseguem racionalizar a incorporação dos paradigmas sociais do risco proibido no âmbito da criminalização. Com a imputação objetiva, consegue-se atribuir juridicamente a determinado autor certo fato como “obra sua”, através de critérios que, complementarmente ao nexos causal, consigam considerar a complexidade das relações sociais pós-modernas. O risco proibido, o incremento do risco, as condutas alternativas adequadas ao Direito, o comportamento da vítima, o princípio da confiança e a proibição de regressão são alguns dos conceitos que vêm sendo aprofundados pela doutrina especializada e, assim, lapidados para uma efetividade de aplicação concreta. O discurso jurídico passa a possuir uma importância de legitimação dos conteúdos das normas; todavia, esse debate pode ser feito de forma mais aberta, realçando o resgate do discurso epidíctico. A perda das “verdades” favorece a argumentação e a própria comunicação social.

A tipificação dos riscos, e sua elaboração no cerne da teoria do delito, está vinculada, apenas indiretamente, às respectivas produções sociais. O subsistema penal não representa os riscos em si mesmos, em suas existências ontológicas, ao contrário, incorpora-os como são conhecidos. Dito de outro modo, para o tipo penal, o risco apenas é compreendido em seu momento de reflexão, ou seja, de acordo com a forma em que o sistema social consegue percebê-lo (irritar-se), outorgando-lhe sentido e existência. Apenas esse reconhecimento posterior é capaz de criar os limites de suportabilidade, variáveis na exata medida da alteração dos limites de cognição. Esse conhecimento, por sua vez, também não é absoluto, inquestionável, admitindo uma constante revisão e atualização. A construção da reflexão social do risco pode (e deve) ser argumentativa (desencantamento do desencantamento), sem permitir o espaço para a ideologia que a supõe como verdadeira e, assim, impõe certas formulações supostamente reais.

A formulação teórica inaugurada por Claus Roxin tece a capacidade científica de conceber a normatização típica de forma sistemática. O risco, nessa concepção,

transforma o conteúdo típico em receptáculo de uma “norma de dever”, que deve necessariamente, para obter seu significado, considerar as relações sociais que subsistem. O tipo penal passa a incluir, como elementos constitutivos e imprescindíveis, a realização de um risco proibido e, mais adiante, a efetivação daquele risco no resultado. A norma de admissão do risco, entendida como âmbito de proteção, perfaz o significado essencial de subsunção de qualquer conduta, ou seja, é típica a conduta que ocasiona um determinado resultado delituoso (funcionalismo moderado) em razão da ocorrência de um risco, imputável ao agente, que extrapole os limites sociais de suportabilidade.

O pensamento funcionalista de matriz luhmanniana não apresenta, nos postulados de Claus Roxin, sua única e exclusiva expressão. Ao lado da visão moderada de Roxin, encontra-se a visão extremada protagonizada por Günther Jakobs, os quais unificam os conceitos de âmbito de proteção do tipo e da norma e, em decorrência disso, acabam por outorgar uma visão de somenos importância ao resultado. A profunda análise sociológica de Jakobs, que lhe serve de sustentação propedêutica, permite a atribuição ao Direito da finalidade de garantidor de expectativas, ou seja, sua funcionalidade aniquila qualquer possibilidade deontológica de aproximação. O tipo penal opera como um instrumento capaz de propiciar confiança, respondendo, com a punição estabelecida, àquelas hipóteses em que a conduta do infrator ocasionou uma desilusão social na própria efetividade (vigor) da proibição. Os delitos de perigo passam a ter uma razão justificada, possibilitando a centralização dos parâmetros de periculosidade nas atuações humanas em instâncias de interação coletiva.

O sistema aberto (autopoiético) do Direito Penal, no qual os tipos se normatizam em seu interior, é estabelecido pela simultaneidade de uma “abertura cognitiva” e um “fechamento operativo”. As modalidades do tipo penal continuam a trabalhar dentro das categorias próprias, articulando-se juntamente com as demais estruturas e as respectivas configurações, tais como: a tentativa, o arrependimento eficaz e posterior, as formas de erro, excludentes de ilicitude etc. Entretanto, os conceitos dos tipos penais abertos, tipos de perigo, normas penais em branco, serão preenchidos exatamente nessa comunicação social propiciada pela abertura ao

conhecimento por parte do subsistema jurídico. O tipo penal autopoietico ocupa uma posição central na atual criminalização porque é a configuração mais adequada para o estabelecimento desta comunicação entre o subsistema jurídico e o sistema social, perfazendo, com mais eficiência, o turbulento (complexo) laço que deve abarcar a tipicidade latente e sensível.

Com efeito, o discurso de resistência, entendido como um movimento acadêmico de reação aos modelos abertos e funcionais do subsistema penal, apresenta um enfoque argumentativo concebido no universo deontico. A crítica aos “novos” postulados penais, ainda que se possa eventualmente concordar com as conclusões estabelecidas, possui como substrato um cenário jurídico-penal pré-concebido, que, exatamente em face dessa prévia concepção, parece, no mais das vezes, perder sua historicidade e fixar-se como a “verdade última” do Direito Penal clássico.

O argumento contrário às novas formas e aos novos conteúdos da imputação criminal – tipo penal autopoietico – pode ser realizado com percepção da função que esses objetos desempenham na realidade atual. Os crimes da chamada “criminalidade moderna” funcionam como pilares jurídicos destinados à garantia de expectativas normativas imprescindíveis para a formatação do padrão vigente de interações sociais. Entender a opção política pelos tipos penais autopoieticos é, ao mesmo tempo, refutar o discurso de resistência “garantista”, o que não significa advogar em favor de um Direito Penal máximo. Ao contrário, apenas dizer, de forma crítica, aquilo que o Direito Penal, de fato, atualmente é (não-complexo).

A matriz funcionalista sistêmica de apreciação do subsistema penal permite uma abordagem crítica do conteúdo das comunicações sociais (atos ou omissões tipificados). Através da aproximação funcional autopoietica do Direito Penal, pode ser observado como um subsistema parcial de manutenção de expectativas normativas, o qual responde com a sanção – que visa a manter a vigência da norma – como instrumento de manutenção daquelas em face das desilusões. Essa postura permite compreender o Direito Penal como um instituto configurado, ou seja, destinado a manter certa ordem em certos parâmetros, ainda que produzido de

forma dinâmica e, tantas vezes, irrefletida. As incertezas da sociedade pós-moderna e os vínculos de risco com o futuro restam por atacar as noções de certeza, criando sempre um conteúdo normativo de natureza contingente, preventiva, emergencial. Essa realidade, adicionada ao conteúdo formal do risco proibido (código forte), tem a função de desmistificar a ideologia da verdade jurídica, abrindo espaço para o debate igualitário, propiciador da vitória pelo melhor argumento. Por conseguinte, os tipos penais autopoieticos alcançariam um papel instrumental de grande complexidade em favor de uma configuração social mais justa e igualitária, respeitando, assim, uma regra de melhor introjeção dos anseios efetivos de uma deficiente sociedade de risco como é a brasileira.

REFERÊNCIAS

ALCOVER, Pilar Gimenez. **El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A, 1993.

ALVES, Alaôr Caffé; *et. al.* **Direito, sociedade e economia: leituras marxistas**. São Paulo: Manole, 2005.

AMADO, Juan Antonio García. **Ensayos de Filosofía Jurídica**. Bogotá: Temis, 2003.

_____. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997.

AMBOS, Kai. **La parte General del Derecho Penal Internacional: Bases para una elaboración dogmática**. Traducción por Ezequiel Malarino. Montevideo: Dunker & Humblot, 2004.

ANDRADE, Aurélio L.; SELEME, Acyr; RODRIGUES, Luís H.; SOUTO, Rodrigo. **Pensamento Sistêmico – Caderno de Campo: o desafio da mudança sustentada nas organizações e na sociedade**. Porto Alegre: Bookman, 2006.

ARAGÃO, Lúcia. **Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito e do Estado**. Traduzido por Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____; LOPES JR. Dalmir. **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ASHBY, W. Ross. **Introdução à Cibernética**. Traduzido por Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1970.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tipicidad e Interpretacion de la Lei 11.210**. Buenos Aires, 1939.

_____. **La ley y el delito**. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1978.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direiro**: teorias da argumentação jurídica. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Copertino. São Paulo: Landy, 2002.

AYALA, F. J.; DOBZHANSKY, T., Eds. **Estúdios sobre la filosofia de la biologia**. Traducción por Carlos Pijoan Rotge. Barcelona: Ariel Methodos, 1983.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**: parte general. Madrid: Akal/iure, 1997.

_____. **Tipo y error**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. **Hacia el nuevo Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

_____. **Delito y punibilidad**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. **“Responsabilidade” Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos**: À volta das sociedades Comerciais e sociedades civis sob a forma comercial. Coimbra: Almedina, 2004.

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica do direito penal**. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Criminología y sistema penal**. Montevideo – Buenos Aires: IBdef, 2006.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Dinheiro**: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

_____. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as conseqüências humanas. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Modernidade Líquida**. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Traducción por Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 1998.

_____. **O que é globalização?: equívocos do globalismo, respostas à globalização**. Traduzido por André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BELING, Ernst von. **A Ação Punível e a Pena**. Traduzido por Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007.

_____. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Traducción por Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Traduzido por Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 1973.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Traduzido por Paulo José da Costa Júnior; Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal: parte geral**. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Habeas Corpus* n. 2002.04.01.028979-0. Impetrante: Luciano Fernandes Motta. Impetrado: Juízo Substituto da 1ª Vara Federal de Foz do Iguaçu/PR. Porto Alegre, 19 de agosto de 2002. **Lex**: Revista do Direito Brasileiro. São Paulo: Lex, n. 1, p. 154-159, 2003.

BREDA, Juliano. **Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BROWN, G. Spencer. **Laws of form**. New York: Bantam Book, 1973.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Pena y Estado**. [s.c.]Jurídica ConoSur, 1995.

CALLEGARI, André Luís. **Imputação objetiva – lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Lavagem de dinheiro**: Barueri: Manole, 2004.

_____. (Org.) **Política Criminal Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultura Paulista, 2004.

_____. **Sistema de penas: dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

_____. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. (Org.) **Política Criminal Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANARIS, Claus W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Traduzido por A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANAS, Vitalino. **O Crime de Branqueamento: regime de prevenção e de repressão**. Coimbra: Almedina, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **O Delito**. Campinas: Péritas, 2002.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. v. 1.

CASULLO, Nicolas (Org.). **El debate modernidad/posmodernidad**. Buenos Aires: El Cielo Por Asalto, 1995.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Tutela Penal do Patrimônio Florestal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de Dinheiro: a questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro, 2004.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei n. 7.492/86**. Belo Horizonte, 1998.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Do giro finalista ao funcionalismo penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Brasiliense, 2001.

CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, Luiz (Orgs.). **Dialética e auto-organização**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da Sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação**. Traduzido por Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

COELHO, Teixeira. **Moderno pós-moderno: modos e versões**. São Paulo: Iluminuras, 2005.

COELHO, Walter. **Teoria Geral do Crime**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1991.

COLEMAN, James William. **A Elite do Crime: para entender o crime do colarinho branco**. Traduzido por Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito Penal do seu tempo: estudos sobre o direito penal nacional-socialista**. Traduzido por Paulo César Busato. Rio de Janeiro; Lúmen Júris, 2005.

_____. **De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. **Derecho Penal y control social**. Bogotá: Temis, 2004.

CONNOR, Steven. **Postmodernism**. Cambridge: Cambridge University, 2004.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORREAS, Oscar. **Crítica da ideologia jurídica**: ensaio sócio-semiológico. Traduzido por Roberto Bueno. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann**. Traducción por Miguel Romero Pérez, Carlos Villabos e Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, Antrophos, 1996.

COSTA, José de Faria. **Direito penal especial**: contributo a uma sistematização dos problemas 'especiais' da parte especial. Coimbra: Coimbra, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, M. Elizabeth; MACHADO, Charles M. **Crimes do Colarinho Branco**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Delitos Ecológicos**: A lei ambiental comentada artigo por artigo. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

DEL VECHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Traduzido por Antônio José Brandão. São Paulo: Saraiva, 1948. v. 1.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. **Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juruá, 2003.

DIAS, Fernando Nogueira. **Sistemas de Comunicação de Cultura e de Conhecimento**: um olhar sociológico. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Questões Fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. Traduzido por Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. Traduzido por Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. **La causalidad como elemento de los tipos penales**. Traducción por Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

_____. **La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires: IBdef, 2006.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 6, nº22, p. 3, abr.-jun. 1998.

_____. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A Adequação social da conduta no Direito Penal**. Porto: Publicações Universidade Católica – Porto, 2005.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Buenos Aires: Euros Editores, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. Traduzido por Ana Paula Zomer e Outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Traduzido por Luiz de Lemos D'Oliveira. Campinas: Russel, 2003.

FEUERBACH, Anselm v. **Tratado de derecho penal**. Traducción por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FISCHER, H. R.; RETZER, A.; SCHWEIZER, J. (Comp.). **El final de los grandes proyectos**. Traducción por Javier Legris. Barcelona: Gedisa, 1997.

FOLHA de São Paulo. Disponível em: <<http://www.folha.com.br>> Acesso em: 23 jul. 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal** – parte geral. Rio de Janeiro: Florense, 2003.

FREITAS, Ricardo Brito A. P. **As Razões do Positivismo Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

FRISCH, Wolfgang; PLANAS, Ricardo Robles. **Desvalor e imputar**: sobre la imputación objetiva en Derecho Penal. Montevideo – Buenos Aires: IBdef, 2006.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1954. v. 1. Tomo 1.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da Modernidade**. Traduzido por Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, tempo e memória**. Traduzido por Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de “Branqueamento” de Capitais**. Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: RT, 2004.

_____. Princípio da Insignificância no Âmbito Federal: Débito até R\$ 10.000,00. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, n. 30, p. 13-4, fev.-mar. 2005.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias das Conduta em Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GULO, Roberto Santiago Ferreira. **Direito Penal Econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Traduzido por Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Traduzido por Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.

_____. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción por Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Temis, 1999.

_____. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en el derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2005. Tomos I, II, III e IV.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Traduzido por Rosina de D'angina. São Paulo: Ícone, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. Tomo 2.

IDATTE, Paul. **Chaves da Cibernética**. Traduzido por Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

IZUZQUIZA, Iganacio. **La Sociedad sin hombres**: Niklas Luhmann o la teoría como escândalo, Barcelona: Antrophos, 1990

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Traduzido por André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Traduzido por Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

_____. **Teoria e prática da intervenção**. Traduzido por Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. **A imputação penal da ação e da omissão**. Traduzido por Maurício Antonio Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Moderna Dogmática Penal**: estudios compilados. México: Porrúa, 2006.

_____; NAVARRETE, Miguel Polaino; BETANCOURT, Eduardo López. **Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista** (estudios de derecho penal funcionalista). México: Porrúa, 2006.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções críticas**. Traduzido por André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAMESON, Fredric. **Modernidade Singular: ensaio sobre a ontologia do presente**. Traduzido por Roberto Franco Valente. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado**. Traduzido por Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

KAUFMANN, Armin. **Fundamentos del deber jurídico y delimitación de la tipicidad**. Traduzido por Joaquín Cuello. Anuário de Derecho Penal e Ciencia Penales. Madrid, 1984.

KELSEN, Hans. **O que é justiça**. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Traduzido por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASH, Scott. **Sociologia del Posmodernismo**. Traduzido por Martha Eguía. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1997.

LAVORENTI, Wilson; DA SILVA, José Geraldo. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000.

LE MOIGNE, Jean-Louis. **O construtivismo: dos fundamentos**. Traduzido por Miguel Mascarenhas. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. v.1.

_____. **A Teoria do Sistema Geral**. Traduzido por Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1977.

LIFSCHITZ, Sergio Politoff. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2008.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. **Direito Penal Europeu**. Leme: JH Mizuno, 2007.

LIPINSKI, Antonio Carlos. **Crime Organizado e a Prova Penal**: Lei 9.034, de 03.15.1995. Curitiba: Juruá, 2003.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos Hipermodernos**. Traduzido por Mário Viela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. Tomos I e II.

_____. **La idea del fin en el dercho penal**. Bogotá: Temis, 1998.

LOMBROSO, César. **O homem delinqüente**. Traduzido por Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

LUHMANN, Niklas. **A Nova Teoria dos Sistemas**. Traduzido por Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Universidade/UFRGS e Goethe-Institut, 1997.a

_____. A posição dos Tribunais no sistema Jurídico. Traduzido por Peter Naumann. **Revista da Ajuris**. ano XVII , nº49, p. 161, jul. 1990.

_____. **El Derecho de la Sociedad**. Traducción por Javier Torres Nafarrate. México: Iberoamericana, 2002.a

_____. **La ciencia de la sociedad**. Traducción por Sivia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura e Javier Torres Nafarrate. México: Anthropos, 1996.

_____. La observación sociológica del derecho. Traducción por Héctor Fix-Fierro. **Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, nº 12, p. 90-102, 1993.

_____. **La Sociedad de la Sociedad**. Traducción por Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

_____. **Observaciones de la Modernidad** – racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Traducción por Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997.b

_____. **Poder**. Traduzido por Martine Creusot de Rezende Martins e Estevão de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

_____. **Procedimenli giuridid e legilimazione sociale**. Milano: Giuffré, 1995.

_____. **Sistemas Sociales**: Lineamientos para una Teoría General. Traducción por Silvia Pappé y Brunhilde Erker, coordenação de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos, Iberoamericana, 1998.

_____. **Sociedad y Sistema: La ambición de la teoría.** Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.

_____. **Sociologia do Direito I.** Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito II.** Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **Sociologia del Riesgo.** Traducción por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. **Teoría política en el Estado de Bienestar.** Traducción por Fernando Valespín. Madrid: Alianza, 2002.b

_____. Why Does Society Describe Itself as Postmodern? *In:* RASCH, Willian; WOLFE, Cary. **Observing Complexity Systems Theory and Potmodernity.** University of Minnesota, 2000.

_____; GIORGI, Raffaele de. **Teoria da la sociedad.** Traducción por Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, Javier Torres Nafarrate. México: Universidad de Guadalajara, Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

_____. **Os princípios constitucionais penais.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LILLEY, Petter. **Lavagem de Dinheiro.** Negócios Ilícitos transformados em atividades legais. Traduzido por Eduardo Lasserre. São Paulo: Futura, 2001.

LYRA, Roberto. **Nôvo Direito Penal.** Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

LYOTARD, Jean-François. **The Post-Modern Condition.** Minneapolis: University of Minnesota, 1985.

MACHADO, Agapito. **Crimes do Colarinho Branco.** São Paulo: Malheiros, 1998.

MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do direito penal.** São Paulo: Edesp, 2004.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A Estrutura Jurídica da Culpabilidade.** Rio de Janeiro, 1999.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro**: Anotações à Lei Federal n. 7.492/86. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Lavagem de Dinheiro** (Lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARX, Karl; ENGELS, Friederich. **A ideologia alemã**. Traduzido por Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998..

_____. **A sagrada família**. Traduzido por Marcelo Backes. São Paulo: Bom Tempo, 2003.

MATTOS, João Metello de. **A sociedade do conhecimento**. Brasília: ESAF, Universidade de Brasília, 1982.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Traduzido por Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2003.

MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal**: parte general. Traducción por Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo-Buenos Aires: IBdef, 2007.

MERKEL, Adolf. **Derecho Penal**: parte general. Traducción por Pedro Dorado Montero. Montevideo – Buenos Aires: IBdef, 2006.

MEZGER. Edmund. **Diritto penale**. Traduzione Filippo Mandalari. Padova: Dott. Antonio Milani, 1935.

MILARÉ, Édis. **Direito Ambiental**: Gestão Ambiental em foco. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

MIR, José Cerezo. **Derecho Penal**: parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Montevideo: Editorial IB de F., 2002.

_____. **Direito Penal**: fundamentos e Teoria do Delito. Traduzido por Cláudia Viana Garcia; José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo I.

MORA, José Ferrater. **Diccionario de Filosofia**. Buenos Aires: Sudamericana, 1971. Tomo II L-z.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. **A idéia de direito social**: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **A subjetividade do tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Mediação e Arbitragem**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **As Crises do Estrado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOTRAVETA, Sergi Cardenal. **El tipo penal en Beling y los Neokantianos**. Barcelona PPU, 2002.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **Derecho penal parte general**. Barcelona: Bosch, 2004.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Lavagem de Dinheiro**: Comentários à Lei 9.613/98. Curitiba: Juruá, 1999.

NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. **Crítica à dogmática – dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.

NICOLA, Daniela R. M. Estrutura e função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. *In*: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Direito Penal Econômico brasileiro**. Porto Alegre: Sagra – D.C. Luzzatto, 1996.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e método da ciência do Direito Penal**. Traduzido por José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **O futuro do direito penal**. Traduzido por Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Orgs.). **Dicionário do pensamento social do Século XX**. Traduzido por Álvaro Cabral e Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

PARSONS, Talcott. **O Sistema das Sociedades Modernas**. Traduzido por Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974.

PASCHOAL, Janaina Conceição. Tudo em nome dos direitos autorais? **Boletim Ibccrim**, São Paulo, ano 12, n. 149, p. 16-7, abr. 2005.

PASK, Gordon. **Uma introdução à Cibernética**. Traduzido por Luís Moniz Pareira. Coimbra: Armênio Amado, 1970.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Crimes Econômicos e responsabilidade penal de pessoa jurídica**. Bauru: Edipro, 1997.

PAULA, Áureo Natal de. **Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais**. Curitiba: Juruá, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Traduzido por Maria Ermetina Galvao G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980.

_____. **Escritos Jurídico-Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PIRES, Edmundo Balsemão. Diferenciação funcional e unidade política da sociedade. **Revista Filosófica de Coimbra**, n. 23, p. 120-55, 2003.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

POMBO, Nuno. **A fraude fiscal: a norma incriminadora, a simulação de outras reflexões**. Coimbra: Almedina, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Curso de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; CARVALHO, Erika Mendes de. **Teoria da imputação objetiva do resultado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUINTANEIRO, Tania; OLIVEIRA, Márcia G. M. de. **Labirintos Simétricos: Introdução à teoria de Talcott Parsons**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

RAMIREZ, Juan Bustos. La imputación objetiva. *In: Modernas tendências en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

_____; MALARÉE, Hernán H. **Licções de Derecho Penal**. Madrid: Trotta, 1999. v. 2.

RASCH, Willian; WOLFE, Cary. **Observing Complexity Systems Theory and Potmodernity**. University of Minnesota, 2000.

REALE JUNIOR, Miguel. **Razão e subjetividade no direito penal**. São Paulo: Ciências Penais, 2004. v. 1.

_____. **Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001

REVISTA Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. Traduzido por Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **La política criminal en la encrucijada**. Montevideo-Buenos Aires. IBdef, 2007.

ROBINET, André. **Mitologia, Filosofia y Cibernética: el autómata y el pensamiento**. Traducción por Carmen Garcia-Trevijano. Madrid: Tecnos, 1982.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. **A problemática Jurídica: uma introdução transdisciplinar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1985.

_____. (Org.). **Paradoxos da Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997.

_____. (Org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1994.

_____; STRECK, Lenio, (Orgs.). **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____; PEPE, Albano M. Bastos. **Genealogia da Crítica Jurídica: de Bachelard a Foucault**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

_____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del derecho penal**. Traducción por Rodrigo Naranjo Vallejo. Bogotá: Temis, 1999.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Traduzido por André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Derecho Penal Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1999.

_____. **Dogmatica penal y política criminal**. Traducción por Manuela Abanto Vasquez. Lima: Idemsa, 1998.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Traduzido por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Traduzido por Luis Greco. São Paulo: Renovar, 2000.

_____. **Teoria del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Traducción por Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

_____. **Culpabilidad y prevencion en Derecho Penal**. Traducción por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____.SANCINETTI, Marcelo A. **Desviación del curso causal y “dolus generalis”**. Traducción por Patricia Ziffer y Marcelo Sancinetti. Buenos Aires, 2003.

_____; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

RUSCH, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Traduzido por Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Teoria da imputação objetiva**: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Traduzido por Nereu Jose Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Retribución y prevención general**: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. Montevideo-Buenos Aires. IBdef, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992.

_____. **Normas y acciones en Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

_____. **La expansión del Derecho penal**: aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales. Montevideo – Buenos Aires: IBdef, 2008.

_____. **El delito de omisión**: concepto y sistema. Montevideo – Buenos Aires: IBdef, 2006.

_____. **Teoria da Imputação Objetiva**. Traduzido por Nereu José Giacomolli. Barueri, 2003.

_____. La dimensión temporal del delito y los cambios de "status"-juridico-penal del objeto de la acción. *In*: _____. **Estudios de derecho penal**. Lima: Grijlej, 2000.

SANTORO FILHO, Anotonio Carlos. **Teoria da imputação objetiva**: apontamentos críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, André L. C.; STRECK, Lenio L.; ROCHA, Leonel S.(Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

_____. **A moderna Teoria do Fato Punível**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

_____. **Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de Evasão de Divisas**: A tutela Penal do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira. Rio da Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Traducción por Resesa Rodriguez Montañés. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SCHWARTZEMBERG, Roger-Gérard. **Sociologia Política**: elementos de ciência política. Traduzido por Domingos Mascarenhas. São Paulo: Difel, 1979.

SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. **Crimes do Colarinho Branco**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SILVA, Cesar Antonio. **Lavagem de dinheiro**: Uma nova perspectiva penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado; procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Eduardo Correa. Disponível em: <<http://www.jfpr.gov.br>> Acesso em: 1 jul. 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. 170 anos de legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 1824 e no Código Criminal do Império. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 180, out.-dez. 2000.

_____. **Direito penal supra-individual** – interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito**: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal parte general I**: el hecho punible. Traducción por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. **Disvalor del acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal**. Traducción por Marcelo A. Sancinetti e Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUDA ITI, Ariani Bueno. **Raciocínio jurídico e nova retórica**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

SWAANINGEN, René Van. Controle do Crime no Século XXI – Analisando uma nova realidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 11, nº 42, p. 111, jan.-mar. 2003.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Bien jurídico y función en Derecho Penal**. Traducción por Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TEIDEMANN, Klaus; ARZT, Gunther; ROXIN, Claus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TEIXEIRA, Evilázio Borges. **Aventura pós-moderna e sua sombra**. São Paulo: Paulus, 2005.

TERRA, Ricardo R. **A Política Tensa – Idéia e Realidade na Filosofia da História de Kant**. São Leopoldo: Iluminuras, 1995.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoiético**. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. **Direito, sistema e policontextualidade**. Traduzido por Brunela Vieira de Vincenzi. Piracicaba: Unimep, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

TORTIMA, José Carlos. **Crimes contra o sistema financeiro nacional** (uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

VASCONCELLOS, M. J. E. de. **Pensamento Sistêmico: um novo paradigma da ciência**. São Paulo: Papyrus, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade**. Florianópolis: Boiteaux, 2004.

_____; ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WEINER, Norbert. **Cybernetics**. Cambridge-Mss.: MIT Pres, 1961.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal: parte geral**. Traduzido por Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Traduzido por Afonso Celso Resende. Campinas: Roma, 2003.

_____. **O novo sistema jurídico penal: uma introdução a teoria da ação finalista.** Traduzido por Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Estudios de filosofía del Derecho Penal.** Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideo – Buenos Aires: IBdef, 2006.

_____. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista.** Traducción y notas por José Cerezo Mir. Montevideo – Buenos Aires: IBdef, 2006.

_____. **Estudios de Derecho Penal.** Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideo – Buenos Aires: IBdef, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

YACOBUCCI, Guillermo J.; GOMES, Luis Flávio. **As grandes transformações do direito penal tradicional.** Traduzido por Lauren Paoletti Stefanni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manuel de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo.** Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

_____. **O inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Renavan, 2007.