



Legalidade penal, indeterminação e interpretação do direito.

Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa, Prof. Dr. Luciano Feldens (orientador)

Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS

Resumo

Os critérios tradicionais de enfrentamento das questões jurídico-penais dão sinais de esgotamento quando confrontados com a complexidade que marca as relações sociais no tempo presente, resistindo o discurso jurídico à inserção num ambiente de incerteza e aceleração.

A recusa a uma simples transposição de conceitos moldados a partir de pressupostos distintos dos que presentemente conformam os novos espaços de inserção do direito penal, associada à compreensão de que são irrenunciáveis as garantias fundamentais que constituem o Estado Democrático de Direito, conduzem à necessidade de estudo especificado de elementos da teoria geral do delito no contexto do direito penal moderno, especificamente do problema da *lex certa e praevia*, em contraposição às compreensões judiciais que, *ex post facto*, sobre o texto legal se estabelecem.

Em face do aparente atrito entre os postulados da certeza e da anterioridade da norma - num ambiente complexo ao leigo e ao jurista - e o problema dos correspondentes sentido, compreensão e aplicação dos textos normativos, a moderna teoria do direito e a hermenêutica jurídico-filosófica podem fornecer, sem prejuízo do estabelecido pela dogmática penal, elementos de ampliação do horizonte de entendimento, colaborando no estudo do tratamento do problema numa perspectiva constitucional.

A pesquisa, assim, partindo destas premissas, pretende colaborar para o esclarecimento do problema da legalidade penal, inserindo-a num ambiente complexo-hermenêutico, na perspectiva de encontrar soluções constitucionalmente adequadas ao seu enfrentamento, em atendimento à função garantidora do direito penal.

Introdução

A expansão do direito penal na pós-modernidade, o seu alcance à atividade econômica, a especificidade dos bens jurídicos que protege e das condutas a que visa incriminar, são circunstâncias que implicam na utilização preponderante pelo legislador de tipos abertos, conformados por elementos normativos jurídicos e normas penais em branco, exigindo do destinatário da proibição a inserção no complexo normativo de diversos ramos do direito na tentativa de alcançar a ação vedada no âmbito penal.

Nessas hipóteses, a antijuridicidade de uma conduta somente é passível de apreensão pelo conhecimento de uma norma – ou mesmo de um sistema normativo -, sendo necessário que o destinatário do texto informe-se sobre o conteúdo legal, e portanto *atribua sentido* à proibição, num juízo não meramente declaratório do conteúdo normativo do texto, mas verdadeiramente constitutivo de sua densidade, no confronto das possibilidades normativas e fáticas, para o fim de adotar ou não uma conduta conforme o Direito.

A moderna dogmática jurídica já superou o ideário positivista de que os textos legais tenham sentido unívoco, alcançáveis por um simples juízo de subsunção. Se é verdadeiro que diante de um caso concreto haverá uma *zona de certeza positiva*, no âmbito da qual é evidente a ilicitude da conduta, e uma *zona de certeza negativa*, na qual do ilícito não se cogita, não se há negar que em múltiplas oportunidades, do leigo ao jurista, a incerteza ou a impossibilidade de conhecimento acerca da antijuridicidade da conduta prevalecerá, hipóteses tanto mais frequentes quanto maior a abertura do tipo incriminador e a complexidade fático-normativa das circunstâncias.

Nesse contexto, sobressai a importância da assertiva de HUMBERTO ÁVILA de que “não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.” Há que se ter presente, que “o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentido dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal” (2006, p.32).

Parece relevante, em espaço de complexidade fático-normativa, dar atenção à advertência de que “Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são deduzidas diretamente do material normativo preexistente.” (ALEXY, 2008, p.548)

Assim, o estudo do modo como se dá o processo aplicativo-interpretativo do direito precisa dialogar com o que, no âmbito do *direito constitucional penal*, impõe a existência de norma certa e antecedente como garantia fundamental, num quadro de complexidade fático-normativa.

A hipótese é de que a complexidade que caracteriza tanto a assincronia legislativa como os espaços alcançados pelo direito penal no tempo presente, não autoriza mitigar o princípio da legalidade, em seus postulados de certeza e anterioridade da norma, senão que determina, posto o caráter irrenunciável dessa garantia fundamental, a preservação do princípio da confiança inerente ao Estado Democrático de Direito mediante a releitura de institutos penais, desde o reconhecimento de hipóteses de indeterminação normativa.

Metodologia

Para cumprir os objetivos a que se propõe, a investigação parte do estudo da doutrina que tradicionalmente estruturou o direito penal, buscando identificar os pressupostos sobre os quais foram erigidos os principais elementos da teoria geral do delito e em que medida ainda se fazem presentes.

Após, o estudo prospecta referenciais normativos e teóricos para a proposição de uma interlocução entre o problema da garantia de legalidade no direito penal e as construções doutrinárias no âmbito da moderna teoria do direito (norma) e da hermenêutica jurídico-filosófica, de modo a permitir, ao final, sistematizar as diferentes consequências da interlocução proposta.

Resultados (ou Resultados e Discussão) e Conclusão

Tratando-se de projeto de pesquisa em fase inicial, não é possível antecipar resultados, senão que, de modo parcial, identificar a necessidade de uma (re)leitura da legalidade partindo do pressuposto de que o processo de *atribuição de sentido* aos textos legais, em ambientes complexos, não pode ser compreendido de modo determinístico, unívoco, sob um esquema de subsunção positivista.

Assim, pela posição que formalmente ocupa na Constituição da República e pela fundamentalidade do valor *confiança* que materialmente comporta, o princípio da legalidade - na suas funções orientadora de comportamentos e garantidora contra o arbítrio - é irrenunciável, de modo que a preservação de sua normatividade pressupõe uma sua inserção hermenêutica.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª Ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, volume 1: parte geral. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CALLEGARI, Andre Luiz. *A expansão do Direito Penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado*. In Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. STRECK, Lênio; MORAIS, José Luis Bolzan (Org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *O Direito e a legislação penal brasileiros no séc.XXI: entre a normatividade e a política criminal*. 307/335. In GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- _____. *Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- _____; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. (Coord.) *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT, 2006.
- DERZI, Misabel. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- _____. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português*. in *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT, 2006.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 3ª Ed, 1977.
- GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy: norma, interpretación, procedimiento*. Trad. Patricia Ziffer. 2ª Ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2003.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTIN, Adán Nieto. *El derecho penal económico español*. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Disponível na internet: www.cienciaspenales.net. Acesso em 01 de outubro de 2009.

- PATRÍCIO, Rui Filipe Serra Serrão. *Erro sobre regras legais, regulamentares ou técnicas nos crimes de perigo comum no actual direito português*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 1997.
- PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases de derecho penal*. 2 ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2003.
- ROCHA, Leonel Severo. *Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental*. In *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. STRECK, Lênio; MORAIS, José Luis Bolzan (Org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. Andre Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ROXIN, Claus. *Teoría del Tipo Penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- TIEDMANN, Klaus. *Parte general del derecho penal económico*. Disponível na internet em www.unifr.ch/derechopenal, Acesso em 13/09/2009.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Culpabilidade e a problemática do erro jurídico-penal*. RT – 517, novembro de 1978, pp.251/261.
- _____. *Erro de Tipo e Erro de Proibição no projeto de reforma penal*. Revista dos Tribunais n.578, dez/1983, pp.289/297.
- _____. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal – parte general*, trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.
- _____. *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951.