

A TÉCNICA DAS LEIS PENAIS EM BRANCO COMO INSTRUMENTO OPORTUNO EM UM DIREITO PENAL DO RISCO

*Pablo Rodrigo Alflen da Silva**

Resumo: *O presente artigo trata sobre a problemática da técnica da lei penal em branco e o seu emprego em um Direito Penal orientado pela Sociologia do Risco. Em primeiro lugar, são abordados aspectos específicos referentes às leis penais em branco, como o conceito, gênese e classificação, bem como a justificativa para o seu emprego (1). Em segundo lugar, analisa-se o chamado Direito Penal do Risco, enquanto produto resultante da influência da moderna Sociologia do Risco sobre o Direito penal (2). Por fim, são analisados aspectos constitucionais específicos que impedem a adesão a um Direito Penal do Risco e, por consequência, o emprego abusivo de leis penais em branco (3).*

Palavras-chave: *leis penais em branco. Direito penal do risco. Garantias. Sociedade do risco.*

Abstract: *This article discusses the problem of the technic of the criminal law in white and its use in a criminal law guided by the Sociology of Risk. First, are discussed specific aspects relating to criminal laws in white, like the concept, origin and classification, and too the justification for your use (1). Secondly, it is analyzed the called Criminal Law of Risk, as a product resulting from the influence of modern sociology of risk on the criminal law (2). Finally, are analyzed the specific constitutional aspects that prevent*

* Professor de Direito Penal e Processual Penal da Univates e da ULBRA e Coordenador de Pesquisa e Extensão da Universidade Luterana do Brasil de São Jerônimo (ULBRA-SJ). Professor do Curso de Especialização em Direito Penal e Política Criminal da UFRGS. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Advogado Criminal. Líder do Grupo de Pesquisa *Direito Penal Internacional e Comparado* (CNPq/ULBRA-SJ). Membro da Gesellschaft für Völkerstrafrecht.

the adherence to a Criminal Law of Risk and, consequently, the abusive use of criminal laws in white.

Keywords: *Criminal laws in white. Criminal Law of Risk. Guarantees. Society of risk.*

Introdução

A questão das chamadas leis penais em branco desde há muito tem permanecido à margem das investigações e pesquisas desenvolvidas no âmbito do Direito Penal, sendo que mesmo na literatura jurídico-penal do “mundo europeu” poucos têm sido os trabalhos que nas últimas décadas tem voltado os olhos para a mesma¹. Tal questão exsurge na medida em que se parte de um Direito Penal que tem a sua própria raiz no pensamento ilustrado, uma vez que este proporcionou o desenvolvimento das garantias ainda hoje asseguradas pelo Direito Penal, onde preceitos como o da secularização, da *ultima ratio* ou do caráter subsidiário, do princípio da legalidade, orientado pela idéia de certeza e clareza das leis penais, passaram a constituir o alicerce do que se convencionou chamar de Direito Penal clássico; os quais, ainda que com ressalvas, formaram a base do pensamento liberal do jurista alemão Karl Binding, que foi um dos primeiros juristas a desenvolvê-los em uma estrutura sistematizada.

Contudo, passado mais de um século após a primeira edição da obra de Binding, intitulada *Die Normen und ihre Übertretung*², na qual o jurista

¹ Compare, por exemplo, na literatura européia, expressamente: PUPPE, Ingeborg. “Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum”, in **Strafrechtsdogmatische Analysen**, 2006, Bonn: University Press, p. 265-306 (especialmente p. 285-294), publicado originariamente em Goldammer’s Archiv, 1990, p. 145-182; também KUHLEN, Lothar. “Technische Risiken im Strafrecht”, in **Das Recht von den Herausforderungen der modernen Technik**, Seoul, 1999, p. 55 e s.; PIZARRO BELEZA, Maria Tereza. **O regime legal do erro e as normas penais em branco**, Coimbra, Almedina, 2001; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, Buenos Aires, Ad hoc, 2000; mais recentemente, fazendo referência ao emprego de leis penais em branco no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional AMBOS, Kai. “Remarks on the General Part of International Criminal Court”, in **Journal of International Criminal Justice**, 2006, p. 12. Na literatura latino-americana: CURY, Enrique. **La ley penal en blanco**. Colombia: Editorial Temis S. A., 1988; SILVA, Pablo Rodrigo Afllen da. **Leis penais em branco e o Direito Penal do Risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

² A obra de Karl Binding, intitulada “*Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässig Handlung und die Arten des Delikts*”, teve sua primeira edição publicada no ano de 1872.

alemão elaborou a designação e delineou os aspectos básicos das chamadas *leis penais em branco*, percebe-se que a problemática acerca destas, não só subsiste, e de maneira latente, como se acentua ainda mais³. Naturalmente, à época a hipótese desta técnica legislativa não apresentava maiores problemas, na medida em que a Constituição do Império alemão possibilitava às instâncias de categoria inferior *legislar* em matéria penal.

No entanto, com os problemas resultantes da inspiração pelos modernos desenvolvimentos sociais, mais precisamente da chamada Sociedade do Risco, exsurge um *Direito Penal do Risco*⁴ que, com a debilitação das garantias político-criminais, tem suscitado um panorama propício para o emprego arbitrário e indiscriminado de leis penais em branco. Disso se segue à adesão a um modelo minimalista, assegurado das garantias político-criminais, ou seja, à orientação pela limitação do poder punitivo estatal, reconhecendo os direitos fundamentais como direitos de defesa (*Abwehrrechte*) contra o Estado. Por consequência, isso conduz à oposição a um Direito Penal orientado pelas modernas teorias sociológicas, sendo fundamental estabelecer diretrizes para a admissibilidade das leis penais em branco, em unissonância com os postulados do Estado de Direito.

1 Leis penais em branco

1.1 Gênese, conceito e classificação

Ao desenvolver sua teoria das normas, Binding⁵, orientado pelos

³ Veja, por exemplo, FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. **Derecho Penal, Parte General**. Traducción de Luis Fernando Niño, Bogotá: Editorial Temis, 2006, p. 84-87, os quais apresentam um panorama sucinto, porém, altamente ilustrativo acerca da problemática.

⁴ Cuja designação mais recentemente tem sido sobrepujada pela ideologia nacional-socialista do *Direito Penal do Inimigo* de Jakobs, que apesar de não ser associada diretamente pelo seu “criador” à ideologia nazista, a similitude e a proximidade das propostas e orientações (preconceituosas e discriminatórias) são notórias.

⁵ Como é mais do que sabido, em sua teoria Binding distinguia a lei e a norma penal: a norma seria um mandato, uma proposição do Direito não legislado, ou seja, um imperativo que determina que se deve fazer ou deixar de fazer algo, e que é derivado da primeira parte da lei penal; as leis penais seriam disposições ou que contém regras gerais sobre a responsabilidade criminal ou que declaram quais são as ações puníveis e as respectivas penas; elas se constituem de duas partes o *Tatbestand* (tipo) e a *Rechtsfolge* (consequência jurídica). Com isso, Binding chegou à conclusão de que o criminoso infringe não a lei penal de acordo com a qual ele é julgado, mas sim que ele age em unissonância com a primeira parte desta lei, ele infringe a norma. Compare BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**, Zweite Auflage, Band 1, Leipzig: Verlag Wilhelm Engelmann, 1890; um panorama aprofundado encontra-se em SILVA, Pablo R. Alflen da. **Leis penais em branco**, p. 1-33.

influxos ideológicos do período (como o racionalismo historicista – que apresentou reflexos diretos na chamada *Jurisprudência dos Conceitos* – e o positivismo-jurídico), constatou a existência de algumas *lex imperfectas*, as quais designou *Blankettstrafgesetzen* (*leis penais em branco*). Estas apresentavam como características principais, em primeiro lugar, o fato de que o tipo penal era descrito de modo impreciso, e, em segundo lugar, que a matéria de proibição deveria ser preenchida por uma autoridade policial local ou dos Estados ou, ainda, por legislação particular, daí a clássica afirmação de que “esta proibição pode perseguir a promulgação da lei penal, onde então a lei penal temporariamente como um corpo errante, procura sua alma.”⁶ Todavia, é de extrema relevância a constatação de Binding da *flexibilidade* destas leis, de modo que, de acordo com elas, a matéria de proibição modifica-se facilmente segundo as vicissitudes que sofrem os acontecimentos a que se referem. Tal concepção, naturalmente, estava em completa unissonância com a estrutura constitucional do Império alemão. A Constituição do Império (datada de 16 de abril de 1871) sinalizou a mudança para uma Federação com competência geral e não pela reunião das meras competências dos estados singulares. Esta, como afirma Binding,⁷ atribuía ao Império alemão a legislação comum sobre Direito Penal, sendo que, em alguns casos, a competência era tanto do Império como dos Estados da Federação (*Bundesstaaten*). E embora Binding tenha observado o fato de que a designação *leis penais em branco* na época tenha sido completamente aceita pelo Tribunal do *Reich*, ressaltou que Heinze já havia constatado a existência desta técnica legislativa, mas as tinha designado “*blinde Strafdrohungen*” (ameaças penais cegas).⁸

A concepção originária foi levada adiante e ampliada por *E. Mezger*,

⁶ BINDING, *Die Normen*, p. 162: “*dieses Verbot dem Erlass des Strafgesetzes erst nachfolgen kann, wo denn das Strafgesetz einstweilen wie ein irrender Körper seine Seele sucht*”.

⁷ Compare BINDING, *Die Normen*, p. 158.

⁸ Compare BINDING, *Die Normen*, p. 161, na nota de rodapé 9. Engana-se Álvaro Mayrink da Costa (*Direito Penal*, volume I, tomo I, 6.ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 318-319), ao ressaltar que a expressão “*Blankettstrafgesetz*” empregada por Binding significa “norma penal do mandato em branco”, isso demonstra uma confusão conceptual inadmissível e uma deturpação da teoria bindingniana, pois quanto a isso o autor prescinde da própria distinção de Binding entre lei e norma, ademais, a expressão utilizada seria “*Blankettmandatsstrafnorm*”. Cometendo engano semelhante Vladimir Giacomuzzi (Norma penal em branco in *Revista da AJURIS*, julho de 1999, p. 105), mas o maior engano deste último consiste em falar de “leis penais de *mandato* em branco”, quando Binding é claro ao afirmar que a lei penal não encerra um mandato, sendo que esta característica diz respeito exclusivamente à norma.

o qual inseriu a questão das leis penais em branco no âmbito da teoria tipo⁹, sendo que, ao elaborar a distinção entre tipos fechados e tipos que necessitam de complementação, introduziu nestes últimos as leis penais em branco.

Segundo Mezger tipos fechados seriam aqueles que “em si mesmos trazem todos os elementos do respectivo fato punível”¹⁰ e *tipos* penais em branco seriam “aqueles tipos que já na forma exterior (portanto, não apenas pela sua necessidade de complementação valorativa) remetem à complementações encontradas desde fora”¹¹, trata-se, portanto, de uma “técnica legislativa”. Contudo, o conceito de lei penal em branco sofre uma notável ampliação com Mezger, pois – com a distinção entre leis penais em branco *em sentido amplo* e *em sentido estrito* – inclui a idéia de que o complemento da lei penal em branco pode estar contido na mesma lei ou em outra lei que emana da mesma instância legislativa¹².

Assim, nas leis penais em branco em sentido amplo o tipo e a sanção encontram-se separados externamente, sendo que a sanção vincula-se apenas a um tipo que necessita ser complementado, podendo distinguir-se duas hipóteses: a) a complementação necessária está contida na mesma lei, o que, conforme Mezger, implica tão só em um problema de pura técnica legislativa; e b) o complemento está contido em outra lei, embora da mesma instância legislativa. Já nas leis penais em branco em sentido estrito a complementação necessária está incluída em uma lei de outra instância legislativa. Em consideração à esta distinção Mezger dá a entender uma maior preocupação com o princípio da legalidade, em particular aos postulados de *lex scripta* e *lex certa*, embora considere irrelevante esta forma especial de legislação penal em branco, bem como que, em qualquer hipótese, a sua importância se limita ao âmbito da técnica legislativa externa. Assim, observa que o complemento necessário sempre integra o tipo, de maneira que o tipo já complementado cumpre as mesmas funções que os casos normais.¹³

⁹ Compare MEZGER, Edmund. **Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch**, Band 1, Berlin: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951, p. 84 e s.

¹⁰ Compare MEZGER, **Strafrecht**, p. 84.

¹¹ Compare MEZGER, **Strafrecht**, p. 85.

¹² MEZGER, **Strafrecht**, p. 85 e s. Tanto em seu *Studienbuch* como no Tratado, utiliza a classificação leis penais em branco “*im weiteren Sinne*” [em sentido amplo] e “*im engeren Sinne*” [em sentido estrito].

¹³ MEZGER, **Tratado de Derecho Penal**, Traducción de Rodriguez Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, Tomo I, p. 397-398.

1.2 Desenvolvimento e problemática

Verifica-se com clareza que já a partir da primeira metade do século XX o emprego de leis penais em branco nas legislações se tornou cada vez maior. A multiformidade e a complexidade da vida em face dos problemas resultantes para os diversos campos de atividade (como economia, relações de consumo, tributação),¹⁴ cuja regulamentação é de difícil determinação, uma vez que depende de conjunturas ocasionais exigindo, inclusive, a adoção de decisões temporárias adequadas a cada uma delas, apresentou reflexos também na legislação com o recurso à instâncias mais ágeis, onde então as leis penais em branco passaram a ser reconhecidas como um “mal necessário”.

Como exemplo deste desenvolvimento exasperador veio à tona o próprio Direito Penal econômico¹⁵, pois já a partir da Primeira Guerra Mundial desenvolveram-se novas formas jurídicas pela chamada “economia de guerra”, a qual ofereceu o quadro de uma economia inteiramente organizada, extrapolando o âmbito das relações privadas.¹⁶ Em razão disso as leis penais em branco passaram a constituir uma solução muito cômoda, particularmente diante das particularidades deste setor, que impuseram o recurso à disposições jurídico-penais mais flexíveis e variáveis, possibilitando a modificação da matéria de proibição mais facilmente.

Mas, naturalmente, todo conceito adquire novos matizes quando se submete à novos contrastes, e nesse sentido o próprio conceito de lei penal em branco adquiriu novos matizes em consideração à complexidade dos âmbitos que passaram a reclamar proteção penal. No entanto, com isso, além dos problemas de ordem constitucional, resultou ainda uma verdadeira confusão conceptual, sendo que a própria designação *per se* confirma esta problemática, na medida em que se tem utilizado expressões

¹⁴ Compare TIEDEMANN, Klaus. “Wirtschaftsstrafrecht”, in *Staatslexikon*. 7. Auflage, Band 5, Freiburg i. Br.: Herder, 1995, p. 1068.

¹⁵ Nesse sentido compare ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Estudos e pareceres de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 150, o qual, ao referir-se ao Direito Penal econômico, ressalta que “o seu objeto é vago e os bens jurídicos tutelados demasiadamente imprecisos ou heterogêneos”. Compare ainda TRIPMAKER, Stefan. “Der subjektive Tatbestand des Kursbetrugs”, in *Wistra*, Heft 8, August 2002, Heidelberg: Müller Verlag, p. 291, o qual afirma que “a complicada técnica de remissão do legislador leva à que as manipulações cambiárias e de preços do mercado [...] devam ser punidas por decreto”.

¹⁶ Compare RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência Direito**, Tradução de Vera Barkow, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 93 e s.

como “normas em branco” (*Blankettnormen*)¹⁷, “tipos em branco” (*Blanketttatbestände*)¹⁸ – o que coaduna com a perspectiva desenvolvida por Mezger –, ou ainda “prescrições em branco” (*Blankettvorschriften*)¹⁹.

Do mesmo modo pode-se falar quanto à própria noção de lei penal em branco de que se parte: assim, por exemplo, consideram-se leis penais em branco aquelas em que “o legislador se limita à fixar uma determinada cominação penal, porém *cede a formulação* dos tipos, ‘o preenchimento do branco’, a outros organismos, que podem ser tanto órgãos legislativos, autoridades administrativas federais, autoridades administrativas estaduais e, excepcionalmente, também autoridades estrangeiras.”²⁰ Todavia, nesta hipótese o ato legislativo estabelece a sanção de modo preciso, mas deixa o conteúdo *totalmente* sem especificação, pois *cede a formulação* do tipo. Tal idéia de lei penal em branco infringe o princípio da legalidade (tanto quanto à exigência de *lex praevia*, quanto de *lex certa*)²¹, ao mesmo tempo em que apresenta típica hipótese de *delegação* de atribuição legislativa proibida em matéria penal. Sob outra ótica entende-se que “normas penais em branco são aquelas cuja hipótese de fato se configura por remissão a uma norma de *caráter*

¹⁷ Nesse sentido, compare KOHLMANN, Gunter. “Die grundsätze und die verfassungsrechtlich gewährleisteten Garantien und Rechte des deutschen Steuerstrafrechts”, in **Princípios, derechos y garantías constitucionales del Régimen sancionador Tributario**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales Nr. 19, Volume I, 2001, p. 18.

¹⁸ Nesse sentido ARNOLD, Jörg. **Bericht über das Drittes Chinesisch-Deutsches Kolloquium vom 31.8 bis 4.9.1998 in Beijing**, Freiburg i. Br.: Max Planck, p. 11.

¹⁹ Nesse sentido compare TIPKE, Klaus. “Steuerstrafrecht”, in **Staatslexikon**, Band 3, Freiburg i. Br.: Verlag Herder, p. 318, sendo que alguns Tribunais da República Federal da Alemanha também empregam esta expressão. No mesmo sentido WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 35. Auflage, Heidelberg: Müller Verlag, 2005, n.m. 106, p. 42; também OTTO, Harro. **Grundkurs Strafrecht**, 4. Auflage, Berlin: Verlag Walter de Gruyter, 1992, p. 2.

²⁰ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, Heidelberg: Müller Verlag, 1977, p. 113. No mesmo sentido o conceito apresentado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Teoria del Delito**, Argentina: Ediar, p. 189. Igualmente STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004, p. 43 (§ 3, n.m. 8), nota de rodapé 8, os quais, apoiando-se na decisão do BGH 6, 30 [40 e s.], afirmam que “as leis em branco contém uma cominação de pena para a violação de disposições jurídicas que foram ou são decretadas desde um local e em um outro momento”; ainda, e citando a mesma decisão do BGH, compare ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, München: Verlag Beck, 1992, p. 303-304.

²¹ Nesse sentido, compare FIANDACA/MUSCO. **Derecho Penal**, p. 87 os quais tem referido que: “deve-se considerar geralmente contrária ao princípio de reserva de lei a técnica de remissão a uma fonte secundária para a determinação de elementos essenciais do ilícito”; ademais, nesse sentido tem referido CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 50.

não penal".²² Esta hipótese, além de rechaçar a distinção bindingniana entre lei e norma²³, limita a remissão tão só à normas de caráter não-penal (extra-penal), e com isso prescinde da idéia de lei penal em branco *em sentido amplo*.

Entretanto, a concepção mais grave que tem sido apresentada parece ser a de Tiedemann, ao elaborar um *mixtum compositum* de institutos que não podem ser misturados, pois equipara as leis penais em branco aos chamados "tipos penais abertos". Assim ressalta o jurista de Freiburg: "como leis penais em branco em sentido lato designam-se todos os tipos penais abertos, cuja ação e/ou matéria de proibição estão descritas de maneira incompleta e por isso necessitam complementação".²⁴ A afirmação, aliás, é reiterada, mais recentemente, por Tiedemann ao mencionar que "no direito penal econômico, porém, o emprego de leis abertas (em branco) é não só freqüente, senão *típico*."²⁵ Contudo, as leis penais em branco não são tipos incompletos no sentido de tipos abertos²⁶, de modo que ambos os institutos não devem ser equiparados. Enquanto os tipos completos contêm o conteúdo do injusto de uma espécie de delito dispondo todos os elementos, nos tipos abertos os elementos constitutivos não são descritos concretamente pela lei. De fato, o grau de formação da matéria de proibição acerca das disposições individuais é distinto, de modo que a complementação dos tipos abertos o *juiz* produz por meio de um juízo de valor comum ou pelas circunstâncias, com outros elementos.²⁷

²² Nesse sentido MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**. 2. edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 36. Tais autores são totalmente contraditórios em suas afirmações, pois primeiramente afirmam que as leis penais em branco cuja matéria de proibição se consigna em outra lei de caráter penal (lei penal em branco em sentido amplo), são meros procedimentos de técnica legislativa, ao passo que as leis penais em branco que se determinam por autoridade de categoria inferior (lei penal em branco em sentido estrito) não se tratam de técnica legislativa, senão de um problema de competência. Contudo, ao abordar a análise das leis penais em branco e o princípio da legalidade afirmam que o Tribunal Constitucional espanhol tem se pronunciado sobre a utilização desta técnica legislativa, mas neste caso referem-se às hipóteses complementadas por disposições administrativas (isto é, leis penais em branco em sentido estrito).

²³ Tal rechaço é manifestado de modo expreso por MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y control social**, Colombia: Temis, 1999, p. 9.

²⁴ Compare TIEDEMANN, Klaus. "Blankettstrafgesetz", in **Handwörterbuch des wirtschafts- und Steuerstrafrechts**, Freiburg i. Br., Mai, 1990, p. 1.

²⁵ Compare TIEDEMANN, Klaus. **Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Texten**. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004, p. 55.

²⁶ Nesse sentido ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Teoria**, p. 190, no mesmo sentido PIERANGELLI, José Henrique. "A norma penal em branco e a sua validade temporal", in **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n. 584, 1984, p. 312.

²⁷ Nesse sentido SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst; LENCKNER, Theodor. **Strafgesetzbuch, Kommentar**, 20. Auflage, München: Verlag Beck, 1980, § 13, D, V,

Este juízo de valor substitui a descrição das circunstâncias do tipo (ao contrário das leis penais em branco), de modo que estes tipos estão apenas “abertos” à concretização por meio da interpretação. Assim, pode-se dizer que nos tipos abertos há uma ampla “margem de liberdade semântica e com isso abrem ao juiz, obrigatoriamente, margens de espaço de decisão, dentro das quais ele deve se movimentar sem a instrução da lei.”²⁸ Portanto, as leis penais em branco não se tratam de tipos abertos, pois estes últimos não são hipóteses de técnica legislativa, mas sim disposições cujo “complemento” (valoração!) é produzido pelo juiz por meio de um juízo de valor, enquanto que nas leis penais em branco *se exige o preenchimento do tipo à partir de outros dispositivos*, de modo que para a sua realização remete-se à outras disposições jurídicas (remissão interna e externa) ou atos administrativos face à imprecisão do conteúdo do tipo. Em outras palavras, para concretizar a norma da lei penal em branco, o intérprete precisa recorrer a estas disposições, sem as quais não se torna possível, pois elas *limitam as margens de espaço de decisão*.

Mas diante deste panorama conflitante e em razão do emprego excessivo de leis penais em branco na maior parte das legislações, torna-se insustentável o fato de que tanto a sua noção e legitimidade como as suas conseqüências permaneçam incertas, uma vez que os problemas resultantes da moderna sociedade do risco, tendem à fazer com que se amplie cada vez mais o emprego desta técnica, ao mesmo tempo em que objetivam a redução das garantias jurídico-penais. Assim, se se toma como horizonte de projeção a própria afirmação de Binding de que “a lei penal temporariamente como um corpo errante procura sua alma”²⁹, tem-se que a lei penal dispõe o preceito, mas o faz de modo *genérico*, sendo que remete à outro dispositivo para precisá-lo, e isso devido à exigência do postulado de *lex certa*. Portanto, podem-se considerar as leis penais em branco como *aquelas leis penais que fixam a cominação penal, mas descrevem o conteúdo da matéria de proibição de modo genérico (o branco), remetendo expressa ou tacitamente à outros dispositivos de*

compare ainda JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 1978, p. 197.

²⁸ Compare HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Auflage, München: Verlag Beck, 1990, p. 194 e s. (Há tradução desta segunda edição da obra, por Pablo Alflen da Silva sob o título *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*, Porto Alegre: Fabris Editor, 2004).

²⁹ Compare *supra* nota de rodapé n. 5.

*lei (remissão interna ou externa) ou emanados de órgãos de categoria inferior*³⁰, para precisá-lo.

1.3 Justificação e inconvenientes quanto ao emprego de leis penais em branco

É inegável, portanto, que as leis penais em branco (em sentido amplo ou estrito) tratam-se de uma questão de técnica legislativa³¹, sendo que apresentam como características principais os seguintes aspectos:

- só podem ser designadas como leis penais em branco aquelas que tipificam delitos³², ficando, portanto, fora de consideração os dispositivos da Parte Geral do Código Penal e as disposições da Parte Especial que tem por objeto regular de maneira particularizada questões pertencentes à Parte Geral.
- são consideradas leis penais em branco aquelas que confiam a outro dispositivo *tão só a especificação* (individualização) da matéria de proibição.³³
- só são leis penais em branco aquelas que fazem uso de *técnica de remissão* (expressa ou tácita), que, aliás, é outro aspecto que as distingue dos tipos abertos ou dos tipos que empregam elementos normativos.

Entretanto, como não bastasse o problema constitucional suscitado (que segue uma dupla via: uma referente à idéia de certeza da lei penal e

³⁰ Observando-se a partir de uma estrutura escalonada do ordenamento jurídico, ou seja, que tem como núcleo a idéia de que as normas do ordenamento não estão todas no mesmo plano, há normas superiores e normas inferiores e uma norma fundamental na qual repousa a unidade do ordenamento, comparar BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, Tradução de Maria Celeste Santos, 6.^a edição, Brasília: Unb, 1995, p. 48 e ss.

³¹ Ampla panorâmica acerca das leis penais em branco como técnica em SILVA, Pablo R. Alflen. **Leis penais em branco**, p. 75 e ss.; compare ainda SANTANA VEGA, *El concepto*, p. 16.

³² Nesse sentido CURY, Enrique. **La ley penal en blanco**. Colombia: Temis, 1988, p. 48-49; compare ainda JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**, 3. ed., Buenos Aires: Losada, 1964, tomo II, p. 348; GARCÍA-PABLOS, Antonio. **Derecho Penal**, Introducción, Madrid: Universidade de Madrid, 1995, p. 174 e ss.; TIEDEMANN, “**Blankettstrafgesetz**”, p. 1-5; *o mesmo*, “**Wirtschaftstrafrecht**”, p. 1071; TIPKE, “**Steuerstrafrecht**”, p. 319.

³³ Nesse sentido RUDOLPHI, Hans-Joachim *et al.* **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**. Band 1, 2. Auflage, Frankfurt a.M.: Metzner Verlag, 1977, § 16, B, IV; compare ainda MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, São Paulo: Bookseler, 1997, p. 190.

a outra referente à competência legislativa em matéria penal), há dois aspectos de ordem pragmática que são considerados inconvenientes no uso de leis penais em branco: o primeiro está relacionado com a dificuldade de conhecimento das leis penais por parte dos cidadãos,³⁴ e o segundo é apontado por Haft, que afirma ser uma peculiaridade da atualidade a nova formulação de leis por meio de um sistema de remissão (*Verweisungssystem*), o qual pode conduzir a erros quanto à aplicação da lei, na medida em que ultrapassa a curta capacidade de recordação do homem.³⁵

Mutatis mutandis, apesar dos inconvenientes, não é possível prescindir desta técnica, de modo que, como observa Vega, a questão a esclarecer não é tanto a de se devem existir ou não, senão *como* e *em que medida* se deve permitir a utilização de leis penais em branco no Direito Penal.³⁶ Justamente por isso se considera que as leis penais em branco são um “mal necessário”, e que seu emprego se justifica pela variabilidade das situações das quais depende a lesão do bem jurídico protegido pelo tipo em branco, pois há certos bens jurídicos cuja integridade depende de circunstâncias conjunturais, de maneira que uma conduta que em certo momento não os afetam, em outro podem lesioná-los gravemente.³⁷ Sua *ratio essendi* se encontra não só em um princípio de economia legislativa, senão na impossibilidade de que as leis abarquem a infinita variedade dos fatos da vida, freqüentemente modificáveis no tempo. Portanto, isso decorre do fato de que determinadas matérias estreitamente vinculadas a setores mais dinâmicos do ordenamento jurídico são fortemente condicionadas por circunstâncias histórico-sociais concretas, e como a atividade legiferante nestes setores é incessante, se produziria uma grave deterioração legislativa caso fossem incluídas nas leis penais,

³⁴ Tal aspecto é referido por Bacigalupo, compare detalhes em BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho Penal**, 4. edición, Madrid: Akal, 1997, p. 101.

³⁵ Compare HAFT, Fritjof. “Recht und Sprache”, in KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart**, 6. Auflage, Heidelberg: Müller Verlag, p. 272; sob outro ponto de vista MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. **Derecho Penal**, p. 38, afirmam que esta técnica dificulta o trabalho do penalista não só porque remete a âmbitos jurídicos que lhe são desconhecidos ou que não conhece tão bem como o penal, senão também porque o alcance e o conteúdo distinto da norma penal em relação às demais normas jurídicas produz uma discordância entre as próprias normas penais que não auxiliam à certeza e à segurança jurídica.

³⁶ Compare SANTANA VEGA, **El concepto**, p. 21.

³⁷ Nesse sentido compare CURY, **La ley**, p. 51; comparar ainda, *o mesmo*, “Contribución al estudio de las leyes penales en blanco”, in **Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Esternado de Colombia**, vol. I, Nr. 4, p. 9.

de modo pormenorizado, as hipóteses que se quer proibir.³⁸ Assim, para evitar esta deterioração, recorre-se às leis penais em branco que estabelecem um “marco” e remetem à outras disposições que individualizarão seu conteúdo.

2 O Direito Penal na Sociedade do Risco

Uma análise dos problemas resultantes do panorama social atual para o Direito Penal, é suficiente para observar que as leis penais em branco passam a se caracterizar como um risco para o mesmo. Isso porque o Direito Penal, tanto na teoria como na praxis, está passando da formalização e da vinculação aos princípios valorativos a uma tecnologia social e paulatinamente vai se convertendo em um instrumento político de manobra social, de modo que o problema atual não é mais a luta contra um Direito Penal moralizador, o que se levou adiante com as armas da filosofia política do Iluminismo, mas sim contra um Direito Penal inspirado pelas modernas teorias sociológicas, orientadas segundo um modelo globalizante, que no Direito Penal tem se refletido naquilo que se convencionou chamar *Direito Penal do Risco (Risikostrafrecht)*.³⁹

Tal desenvolvimento se deve particularmente às questões que se formulam perante o *topos* que se tornou conhecido como a *Sociedade do Risco* e que encontra seu desenvolvimento mais elaborado, sob o ponto de vista sociológico, nos trabalhos de Ulrich Beck⁴⁰ e de Niklas Luhmann⁴¹.

³⁸ Crítico a respeito ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro- I.** São Paulo: Editora Revan, 2003, p. 206, referindo que: “O argumento das matérias instáveis que as leis penais em branco comumente miram não neutraliza sua *inconstitucionalidade*, ao aduzir que as rápidas mudanças não poderiam ser acompanhadas pelo legislador penal: não há matéria que requeira mudanças tão rápidas e que seja, seriamente, carente de previsão punitiva”; igualmente crítico CIRINO DOS S., **Direito Penal**, p. 50 e s., o qual, aliás, apóia-se em Zaffaroni a respeito disso.

³⁹ Fundamental acerca disso PRITTWITZ, Cornelius. “Strafrecht und Risiko”, in **Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft**, Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 1999, p. 194; também HERZOG, Felix. **Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge**, 1. Auflage, Heidelberg: Decker’s Verlag, 1991; *o mesmo*, “Algunos riesgos del Derecho Penal del Riesgo”, in **Revista de Derecho Penal**, n.º 12, p. 203 e ss.; *o mesmo*, “Límites del Derecho Penal para controlar los riesgos sociales”, in **Revista Poder Judicial**, 1993, n.º 32, p. 40 e ss., KUHLEN, Lothar. “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, in **Goldammer’s Archiv**, 1994, p. 347-467; um panorama conciso em SILVA, Pablo Afllen da. Aspectos críticos do Direito Penal na Sociedade do Risco, in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, vol. 46, p. 73 e ss.

⁴⁰ Compare BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne**, Frankfurt: Verlag Suhrkamp, 1986.

⁴¹ Compare particularmente LUHMANN, Niklas. “Die Welt als Wille ohne Vorstellung:

A idéia de risco suscita ao Direito Penal problemas novos e incontornáveis. Tal idéia, por um lado, anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos ou provinham de acontecimentos naturais (para a tutela dos quais o Direito Penal é absolutamente incompetente) ou de ações humanas próximas e definidas, para contenção das quais era suficiente a tutela penal dispensada aos clássicos bens jurídicos individuais.⁴² Por outro lado, ela anuncia o fim desta sociedade e sua substituição por uma sociedade tecnologicada, massificada e global onde a ação humana se mostra como suscetível de produzir *riscos*, também eles globais.

2.1 Sociedade do Risco e suas características

Somente nas últimas décadas a investigação sobre o *risco*, cuja expressão foi utilizada pela primeira vez no século XV na Itália, obteve maior significação. Um breve *excursus*, circunscrito em três etapas, permitirá ter uma noção mais precisa dessas transformações que tem afetado o Direito Penal.

Na primeira fase, a da sociedade liberal do século XIX, o risco assumia a forma do acidente, isto é, de um acontecimento exterior e imprevisto, de um acaso, golpe do destino, simultaneamente individual e repentino.⁴³ E quando o acidente era provocado a outrem por terceiro, este, por sua vez, era obrigado a repará-lo em virtude do mecanismo compensador e individual da responsabilidade civil, no entanto, nesta época, diferentemente de hoje, os perigos eram perceptíveis mediante os sentidos.

Na segunda fase surge a emergência da noção de *prevenção*, entendendo-se como tal a atitude coletiva, racional e voluntária que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (objetivável e mensurável). A utopia científica e técnica de uma sociedade dona de si mesma é confirmada em todos os aspectos: «prevenção de doenças», «prevenção de crimes», «prevenção da miséria e da insegurança social».⁴⁴ Nesta etapa o risco pára de depender da categoria dos golpes

Sicherheit und Risiko aus der Sicht der Sozialwissenschaften”, in **Die politische Meinung**, Bonn: Verlag A. Fromm, 1986, Nr. 229, p. 18-21, que é um dos primeiros trabalhos no qual o autor desenvolve a problemática do risco.

⁴² Nesse sentido DIAS, Jorge de Figueiredo. “O Direito Penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’”, in **Revista brasileira de Ciências Criminais**, Nr. 33, 2001, p. 43-44.

⁴³ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 344.

⁴⁴ OST, **O Tempo do Direito**, p. 344.

do destino e “assume a figura do acontecimento estatístico objectivado pelo cálculo das probabilidades e tornado socialmente suportável pela mutualização da responsabilidade pelos danos”⁴⁵, isso em razão do fato de que ao domínio científico do risco junta-se o domínio jurídico: cada pessoa vê ser-lhe reconhecido um direito generalizado à segurança.

Atualmente, na terceira fase, fala-se do risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que “frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes”.⁴⁶ Como observa Ost, enquanto o perigo vem de alguma forma do exterior, o risco é um produto derivado, um efeito perverso ou secundário das nossas próprias decisões. A sociedade do risco, portanto, é uma sociedade que se põe ela própria em perigo: basta pensar no risco sanitário, no risco alimentar ou ainda no risco tecnológico.⁴⁷ Contudo, foi Luhmann que observou, em 1986, que até então fora da literatura sociológica era muito comum (*üblich*) definir o *risco* como a medida de um perigo, mas isto deixava em aberto os motivos nos quais se baseava o *perigo*, de modo que o desastre natural e o tecnológico contavam sempre com a mesma medida. Por isso procurou distinguir rigorosamente perigo e risco, considerando, assim, que perigo é qualquer possibilidade considerável de um prejuízo e “por outro lado, deve-se falar de risco somente quando a própria decisão é um motivo indispensável da possível ocorrência de um prejuízo, quando, portanto, com uma outra decisão este prejuízo não ocorreria”.⁴⁸ Dessa forma a “decisão” passa a ser pressuposto de um risco e como vivemos sob o estímulo de decisões arriscadas, a sociedade inteira está orientada pelo risco. Mas com esta distinção surge um tipo peculiar de “*double standard*”, pois, à medida em que todos com suas próprias decisões ficam expostos aos riscos, tem-se que aquilo que ao que decide parece um risco, para os atingidos é um perigo.⁴⁹ Ademais, Luhmann ressalta que em uma sociedade que leva a efeito todas as decisões importantes, graves, sob o aspecto do risco, não há critérios e nem instâncias que se possam afirmar como indubitáveis, de forma que “não existe segurança além do

⁴⁵ OST, *O Tempo do Direito*. p. 344.

⁴⁶ OST, *O Tempo do Direito*. p. 345.

⁴⁷ OST, *O Tempo do Direito*. p. 345.

⁴⁸ LUHMANN, “*Sicherheit und Risiko*“, p. 18.

⁴⁹ LUHMANN, “*Sicherheit und Risiko*“, p. 19. Luhmann explica isto com o seguinte exemplo: o fumante tem que se decidir por fumar. Com isso ele aceita o risco de ficar com câncer. Mas para o não-fumante, fumar é um perigo.

momento. Somente a insegurança pode ser representada como duradoura⁵⁰ e isto conduz à indeterminação do futuro, que, por sua vez, conduz à incerteza, à um fator de insegurança que conta com uma emocionalização e uma moralização do discurso público.

Apesar de partir de uma ótica mais politizada⁵¹, Ulrich Beck ressalta que no mundo moderno a diferença entre a linguagem dos riscos quantificáveis, em que nós atuamos e pensamos, e a da insegurança não-quantificável do mundo, que nós igualmente criamos, aumenta de acordo com a velocidade do seu desenvolvimento tecnológico. Contudo, converge com Luhmann em sua conceituação de risco, pois afirma que “o conceito de risco é um conceito moderno. Ele pressupõe decisões e tenta tornar controláveis e previsíveis as conseqüências imprevisíveis das decisões civilizatórias.”⁵² Nesse sentido, com as decisões passadas acerca da energia nuclear e nossas decisões atuais sobre a utilização das técnicas genéticas, genética humana, ciências da computação etc., nós produzimos conseqüências *incomunicáveis*, imprevisíveis e incontroláveis, que colocam em perigo a vida na Terra.⁵³ Não obstante, parte de que o surgimento dos riscos é resultado da industrialização e que conduz à um novo tipo de sociedade, a *Risikogesellschaft* (sociedade do risco). Doravante, Beck observa que na modernidade a produção social de *riquezas* acompanha sistematicamente a produção social dos *riscos*.⁵⁴ Contudo os riscos se distinguem das riquezas, uma vez que não é possível a sua percepção humana imediata,⁵⁵ de modo que surgem somente com o seu conhecimento e com a publicidade dos processos de definição social.⁵⁶

Por outro lado o reconhecimento social dos riscos da modernização leva à depreciações ecológicas e expropriações e ao mesmo tempo à novas desigualdades, pois “os riscos são distribuídos internacionalmente de maneira desigual”⁵⁷. Com isso, Beck expõe que os riscos atuais se

⁵⁰ LUHMANN, “*Sicherheit und Risiko*”, p. 20. “*Sicherheit gibt es nicht, außer im Moment. Nur Unsicherheit kann als dauerhaft vorgestellt werden.*”

⁵¹ Nesse sentido PRITWITZ, Cornelius. “Sociedad del riesgo y Derecho Penal”, Traducción de Demetrio Crespo, in *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo. El análisis crítico de la Escuela de Francfort*. Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 3.

⁵² Comparar BECK, Ulrich. *Das Schweigen der Wörter und die politische Dynamik in der Weltrisikogesellschaft*. Moskau: Duma Rede, 2001, p. 4.

⁵³ BECK, *Das Schweigen der Wörter*, p. 4.

⁵⁴ BECK, *Risikogesellschaft*, p. 25.

⁵⁵ BECK, *Risikogesellschaft*, p. 29.

⁵⁶ BECK, *Risikogesellschaft*, p. 30.

⁵⁷ BECK, *Risikogesellschaft*, p. 55.

diferenciam fundamentalmente dos de épocas passadas, principalmente pela globalidade da sua ameaça (isto é, por possuírem *várias dimensões*) e por suas causas modernas, eles são um produto global da maquinaria do progresso industrial, e são aguçados sistematicamente com o seu desenvolvimento ulterior.

Entretanto, com a tendência de globalização dos riscos podem surgir perturbações, devido às generalizações (onde tudo é perigoso, ao mesmo tempo nada é perigoso). Tais riscos causam danos sistemáticos e irreversíveis, pois procuram permanecer invisíveis e se baseiam em interpretações causais. Estes riscos são riscos *futuros*, daí falar Beck da “irrealidade dos riscos”⁵⁸, tendo em vista que eles ainda não ocorreram (e podem não ocorrer), por isso exsurge a necessidade de incorporá-los à vida.⁵⁹ Por outro lado, Beck observa que a ignorância (desconhecimento) dos riscos leva à que eles aumentem cada vez mais,⁶⁰ pois em uma determinada etapa da produção social a *invisibilidade* social da sociedade do risco é um motor para o seu surgimento e com isto uma prova da sua realidade.⁶¹ No entanto, apesar da produção social dos riscos e das riquezas andarem *pari passu* juntas, Beck ressalta que “as condições de risco não são condições de classe”, uma vez que não existe a classe dos atingidos e a classe dos não-atingidos.⁶² Ademais, na passagem da sociedade de classes para a sociedade do risco modifica-se a qualidade das opiniões – enquanto na sociedade de classes o ideal é a *igualdade*, na sociedade do risco o ideal é a *segurança*,⁶³ na medida em que nesta a “visão do medo” marca a época.⁶⁴

Entretanto, se observa que os riscos que haviam anteriormente eram riscos pessoais, já os riscos na “sociedade reflexiva”⁶⁵ ultrapassam as

⁵⁸ BECK, *Risikogesellschaft*, p. 44.

⁵⁹ Isto também tem sido afirmado por Luhmann ao observar que “nossa sociedade tem que viver no horizonte das possíveis catástrofes e viver de um modo completamente normal e tranqüilo (unaufgeregt); aliás, na verdade, não desaparecem as eventuais catástrofes, mas aparecem danos com aflições evitáveis”, comparar LUHMANN, “*Sicherheit und Risiko*”, p. 21.

⁶⁰ BECK, *Risikogesellschaft*, p. 59.

⁶¹ BECK, *Risikogesellschaft*, p. 60.

⁶² BECK, *Risikogesellschaft*, p. 52.

⁶³ BECK, *Risikogesellschaft*, p. 65. A idéia de segurança igualmente tem sido oposta por Luhmann à idéia de risco como um contra-conceito (*Gegenbegriff*), comparar LUHMANN, “*Sicherheit und Risiko*”, p. 20.

⁶⁴ BECK, *Risikogesellschaft*, p. 66.

⁶⁵ Como “sociedade reflexiva” se designa, aqui, aquela caracterizada tipicamente por riscos reflexivos, cuja reflexividade deve-se à suscetibilidade da maioria dos aspectos da atividade social, à revisão crônica à luz de novas informações ou conhecimentos. Fala-se ainda de reflexividade no sentido de que a própria ciência passa a se confrontar com os seus próprios produtos, defeitos e problemas.

realidades individuais e até mesmo as fronteiras territoriais e temporais, de tal maneira que se forem produzidos em uma região podem afetar outras. De modo que a produção e a distribuição dos riscos determinantes no mundo contemporâneo geram a impossibilidade de escapar das suas conseqüências. Porém, Beck afirma que “de modo algum há apenas uma resposta para os desafios da sociedade mundial do risco”⁶⁶, pois os caminhos *na* sociedade mundial do risco são igualmente diferentes para os estados europeus e não-europeus e as culturas, como são e podem ser os próprios caminhos *da* sociedade mundial do risco.

2.2 Um Direito Penal do Risco para uma Sociedade do Risco?

Os desenvolvimentos e os problemas resultantes dessa “Sociedade do Risco” para o Direito Penal foram amplamente analisados e criticados pela Escola de Frankfurt (a.M.), particularmente por Prittwitz⁶⁷, o qual, sem procurar reconstruir jurídico-sociologicamente o discurso do risco, analisa os três modelos de sociedade do risco referindo que no primeiro, a sociedade se caracteriza pelo aumento dos perigos de grande dimensão – em parte novos, em parte recentemente reconhecidos – como uma conseqüência conjunta do progresso tecnológico, e é a partir dessa “sociedade do perigo” (*Gefahrgesellschaft*)⁶⁸ que Ulrich Beck cunhou o conceito de *sociedade do risco*⁶⁹. No entanto, é fundamental ter em vista que Prittwitz deixa claro o fato de que, em relação à sua idéia de um Direito Penal do Risco, não compartilha do mesmo ponto de vista dos chamados dogmáticos do risco e tampouco se vincula às previsões catastróficas de Beck, as quais considera mais políticas do que sociológicas. Este modelo, porém, é complementado por um segundo, no qual a sociedade do risco se apresenta como uma sociedade subjetivamente

⁶⁶ BECK, **Risikogesellschaft**, p. 5.

⁶⁷ Compare PRITTWITZ, “**Strafrecht**”, p. 195 e ss.; ademais, foi Roxin quem pela primeira vez referiu ser a problemática do Direito Penal Risco um tema da Escola de Frankfurt, conforme PRITTWITZ, “**Sociedad del riesgo y Derecho Penal**”, p. 53 e ss.; ademais, Albrecht, por sua vez, confirma tratar-se a “sociedade do risco” de um tema frankfurtiano, compare ALBRECHT, Peter-Alexis. **Die vergessene Freiheit- Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte**, 2003, Berlin: BWV, p. 12: “Die strukturprobleme einer Weltgesellschaft, die verständliche Sicherheitsbedürfnisse der Menschen entfachen, die Anforderungen der Industriegesellschaften, die wir als Risikogesellschaft bezeichnen, fördern eine – leider unreflektierte – Gesetzgebungsmaschine, die immer nur nachklappt, weltweit.”

⁶⁸ PRITTWITZ, “**Strafrecht**”, p. 195.

⁶⁹ Compare particularmente BECK, **Risikogesellschaft**, 1986.

insegura, em razão dos novos riscos ou dos novos riscos *percebidos*. O terceiro modelo renuncia a resposta à questão sobre se a vida que se tornou perigosa e, em vez disso, observa que se estabeleceram nos âmbitos sociais importantes orientações pelo risco, que a sociedade transformou os perigos imprevisíveis e incontroláveis em riscos. De modo que a vida na sociedade do risco se tornou, ao mesmo tempo, objetivamente segura e insegura através de um certo convívio com os perigos e inseguranças, em razão do que aumentou principalmente a insegurança subjetiva.

Assim, ante a crescente demanda de segurança das massas, o Estado deve responder com a pacificação para não colocar em risco a própria lealdade dos seus cidadãos e, com isso, o Estado surge como o *Leviathan* pré-moderno, que deve criar a ordem mediante qualquer forma de violência.⁷⁰ E do Direito se espera, em cada vez mais âmbitos e com um alcance cada vez maior, garantias para a segurança coletiva, e, por conseqüência, surge novamente a esperança na eficácia do Direito Penal mediante um aumento da dose, de tal forma que se converte na chave-mestra da reação frente as necessidades e medos imagináveis.⁷¹

Tal perspectiva conduz, portanto, ao surgimento de um Direito Penal do Risco que, longe de aspirar a conservar o seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em *sola ratio*, mais precisamente, em um Direito Penal expansivo⁷² que se caracteriza fundamentalmente pelo seu significado tridimensional: a acolhida de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (tais como meio ambiente, saúde pública, mercado de capital, processamento de dados, tributos); o adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e não-punível; e a redução das exigências para a reprovação, o que se expressa na mudança de paradigma que vai da hostilidade para o bem jurídico e da *perigosidade* para o mesmo.⁷³ Quanto a isso Hassemer, por sua vez, tem ressaltado, ainda, o fato de que este moderno Direito Penal se apresenta na forma de crimes de perigo abstrato que exigem somente a prova de uma conduta perigosa, renunciam a todos os pressupostos clássicos de punição, e, com isso, naturalmente, também reduzem as respectivas possibilidades de defesa, sendo que no campo da moderna política criminal – como a criminalidade organizada, o

⁷⁰ Conforme HERZOG, “*Algunos riesgos del Derecho Penal del Riesgo*”, p. 205.

⁷¹ Compare HERZOG, “*Algunos riesgos del Derecho Penal del Riesgo*”, p. 205.

⁷² Compare PRITTWITZ, “*Strafrecht*”, p. 196 e s. Sobre a idéia de expansão do Direito Penal comparar a obra de SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito Penal*, Tradução de Luiz Otavio Rocha, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁷³ PRITTWITZ, “*Strafrecht*”, p. 4.

meio ambiente, a corrupção, o tráfico de drogas ou a criminalidade econômica –, encontram-se sempre novos tipos penais e agravamentos de pena.⁷⁴

Ao analisar o *risco* propriamente, Hassemer toma como referencial a idéia de *segurança*, enquanto “contra-conceito” de risco⁷⁵, ressaltando que o risco é categoria própria da “sociedade do risco”, com a qual se pode compreender este desenvolvimento aqui brevemente caracterizado pelo “paradigma da segurança”⁷⁶. Assim como o temor aos crimes – o qual não é um reflexo da ameaça real pelos crimes, senão se desenvolve de acordo com as suas próprias leis – também é o temor aos riscos. A sua ênfase e a sua tendência à expansão só são compreensíveis se se toma conhecimento do que os cientistas sociais compreendem no mundo moderno como “risco”, em meio à cenários que “dispõem de uma mistura maléfica de promessas ruins”.⁷⁷ E estes riscos modernos atingem justamente aqueles campos nos quais se executa a modernização da nossa vida, campos que expandem e em uma boa parte ainda são desconhecidos: globalização da economia e da cultura, meio ambiente, drogas, sistema monetário, migração e integração, processamento de dados, a violência por parte dos jovens.⁷⁸ Em todos estes campos pode ocorrer um colapso de sistemas que leva à conseqüências imprevisíveis e que possivelmente não pode ser evitado. Com isso Hassemer ressalta que em face deste tipo de ameaça não se pode esperar uma reação racional, tranqüila, refletida por parte daqueles que são atingidos, o que

⁷⁴ HASSEMER, Winfried. “Die neue Lust auf Strafe”, in **Frankfurter Rundschau**, 2000, p. 18.

⁷⁵ Compare HASSEMER, Winfried. “Staat, Sicherheit und Information”, in **Freundesgabe für Alfred Büllesbach**, 2002, p. 236, orientando-se aqui no mesmo sentido de Luhmann, unicamente ao tomar a idéia de segurança como um *Gegenbegriff* de risco, ainda que não manifeste expressamente. Críticas e análise apontado os limites da teoria da legitimação pelo processo desenvolvida por Luhmann no Direito Penal em HASSEMER, **Einführung**, p. 98-100.

⁷⁶ HASSEMER, “**Staat**”, p. 237.

⁷⁷ HASSEMER, “**Staat**”, p. 237: “über eine bösertige Mischung schlechter Verheißungen verfügen”.

⁷⁸ Compare HASSEMER, Winfried. “**Das symbolische am symbolischen Strafrecht**” in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p. 1005, onde afirma o jurista de Frankfurt que “contamos com rupturas no sistema central de nossa vida social, que não podemos evitar e que podemos prever como avassaladores. Esta mistura é explosiva. A este sistema pertencem sobretudo a destruição do ambiente, o abuso de drogas, guerras sem limites, conflitos violentos com o uso de crianças e jovens, a produção descontrolada de energia atômica, criminalidade organizada internacional, corrupção, migração, desemprego. Para este fenômeno tem-se introduzido o conceito de ‘sociedade do risco’.”; também HASSEMER, “**Staat**”, p. 237.

se espera é muito mais uma *insegurança* geral, medo e orientação pela insegurança.⁷⁹

Adaptando-se, portanto, à ótica da sociedade do risco, o Direito Penal assume funções, aspectos e alterações que o convertem em um Direito Penal racional e funcional, orientado por uma dogmática do risco, tornando-se, portanto, um eminente instrumento de prevenção, que para responder à esta sociedade insegura assume uma função absolutamente simbólica⁸⁰, apresentando como característica principal o fato de que o comportamento que vai ser tipificado não se considera previamente como socialmente inadequado, ao contrário, criminaliza-se para que seja considerado como socialmente desvalorado. Tal Direito Penal do Risco apresenta ainda como características: um número cada vez maior de bens jurídicos protegidos; o redirecionamento dos bens jurídicos protegidos sob dois aspectos, tanto pela orientação por bens jurídicos universais (de maior amplitude e complexidade), como pelo aumento de crimes de perigo; e a menor determinação legal do injusto. E isso decorre justamente do fato de que o Estado, de garantidor da segurança jurídica, torna-se garantidor da segurança dos bens jurídicos.⁸¹

Este último aspecto representa o ponto crucial na análise da problemática, a qual decorre do fato de que com a impenetrabilidade total dos conceitos clássicos aos novos tempos, as tendências que surgem em razão do desenvolvimento desta orientação social do risco global seguem no sentido de uma “demolição do edifício conceitual da teoria do delito, assim como o do constituído pelas garantias formais e materiais do Direito Penal.”⁸² Pois, como observa Kaiafa-Gbandi, se não em todos, pelo menos na maior parte destes âmbitos são registrados pontos de intersecção com o Direito Penal material, que atingem o espectro dogmático integral do delito, e que estão relacionados com o princípio do Estado de Direito, o princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade até o da dignidade do homem, isto é, com os princípios que asseguram principalmente a função de garantia do Direito Penal.⁸³ Tal situação reflète a tendência à restrição ou eliminação de aspectos fundamentais do Direito Penal como, por

⁷⁹ HASSEMER, “*Staat*”, p. 237.

⁸⁰ Compare PRITTWITZ, “*Strafrecht*”, p. 195. Tecendo críticas incisivas à Prittwitz, em todos os aspectos KUHLEN, Lothar. “*Zum Strafrecht*”, p. 351 e ss.

⁸¹ Compare KAIIFA-GBANDI, Maria. “Das Strafrecht an der Schwelle zum neuen Jahrtausend: Blick in die Zukunft ohne Blick zurück in die Vergangenheit?” in PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 48.

⁸² Compare SILVA SÁNCHEZ, *A expansão*, p. 75.

⁸³ Compare KAIIFA-GBANDI, “*Das Strafrecht an der Schwelle zum neuen Jahrtausend*”,

exemplo, a relativização dos princípios político-criminais de garantia, particularmente da idéia de certeza da lei penal (*infra* 2.3), a qual se debilita em razão das exigências sociais de proteção penal de bens jurídicos complexos, de difícil determinação. Isso porque, segundo seus defensores, se faz evidente a primazia dos elementos de expansão em face das regras e princípios do Direito Penal clássico, tendo em vista que, dada a natureza dos interesses objetos de proteção, dita tutela seria praticamente impossível mediante as regras e os princípios clássicos. De forma que o Direito Penal não estará preparado para a tutela dos grandes riscos, se teimar em ancorar a sua legitimação substancial no modelo contratual.⁸⁴

Assim, seguindo esta diretriz se preconiza a supressão de princípios que dificultam ou impedem a tipificação de certos bens jurídicos complexos, de forma que se considera mais relevante, por exemplo, “o manifesto abandono do *mandato de determinação* nos tipos que, com toda probabilidade, passarão a configurar o Direito Penal da criminalidade transnacional.”⁸⁵ E, dessa forma, como o “legislador penal formula estes bens jurídicos universais de modo muito vago e trivial”⁸⁶, não há dúvida de que isso o leva a fazer um uso cada vez maior da técnica de remissão, com o emprego de tipos penais em branco, sendo que tal aspecto já foi ressaltado por Sieber ao afirmar que “em razão da maior complexidade e da dinâmica, o Direito utiliza cada vez mais conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e remissões dinâmicas (*dynamische Verweisungen*).”⁸⁷ Aliás, no mesmo sentido Naucke tem referido que “na determinação dos pressupostos da punibilidade cada vez mais são utilizados conceitos imprecisos para a descrição do fato punível.”⁸⁸ Por

p. 44, daí ressaltar a jurista da Universidade Tessalônica, com razão, que este desenvolvimento é particularmente alarmante para a função de garantia do Direito Penal e pode levar à punibilidade descontrolada da vida social.

⁸⁴ Nesse sentido DIAS, Jorge de Figueiredo. “O Direito Penal”, p. 45.

⁸⁵ Conforme SILVA SÁNCHEZ, A *expansão*, p. 94.

⁸⁶ HASSEMER, Winfried. “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, in *ZRP*, Heft 10, 1992, p. 381. (Há tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva sob o título “Características e crises do moderno Direito Penal” in **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Nr. 18, 2003, p. 144-157).

⁸⁷ Compare SIEBER, Ulrich. “Mißbrauch der Informationstechnik und Informationsstrafrecht”, in **Herausforderungen und Perspektiven für Wirtschaft, Wissenschaft, Recht, Politik**. Baden, 1996, p. 646.

⁸⁸ Compare NAUCKE, Wolfgang. **Strafrecht. Eine Einführung**, Wiesbaden: Luchterhand, 2002, p. 73, o qual cita como exemplo de tipo penal contendo inúmeros conceitos imprecisos, o dispositivo introduzido em 1976, sobre a punibilidade da usura (§ 291 do StGB), bem como o atual tipo penal da lavagem de dinheiro (§ 261 do StGB); mencionando o mesmo exemplo, compare ALBRECHT, **Die vergessene Freiheit**, p. 56.

sua vez, Albrecht⁸⁹ tem afirmado, ainda, que na França o mandato de certeza já não está ancorado nem na Constituição francesa, nem mesmo é concebido pela jurisprudência e pela doutrina como princípio constitucional e na Grã-Bretanha, em razão do ali vigente *case law*, o princípio da legalidade penal nem mesmo é conhecido.

2.3 Flexibilização do princípio da legalidade e debilitação da idéia de certeza e o emprego de leis penais em branco

A breve reflexão elaborada até aqui sobre o panorama crítico atual, o qual tem estabelecido a exigência de renúncia aos princípios que estão atravessados nessa modernidade, indica que a idéia de uma criminalização determinada ao máximo possível está no retículo do Direito Penal do Risco, na medida em que exige que o Direito Penal se torne mais “flexível e abrangente para poder responder de maneira adequada às crescentes perturbações.”⁹⁰ Desta forma, como o chamado “mandato de certeza” é considerado o inimigo da flexibilização – dos crescentes e futuros problemas colocados à um Direito aberto –, em um Direito Penal moderno, orientado pelo risco, não se exige que o legislador seja cauteloso ao introduzir conceitos jurídicos indeterminados, normativos e cláusulas gerais, basta apenas (e isto tem sido freqüente) que ele escolha conceitos que possam ser aplicados do modo mais flexível e superficial possível.⁹¹

Isso conduz, sem dúvida, cada vez mais ao emprego – além de tipos penais excessivamente vagos e ambíguos – de cláusulas gerais⁹² como a da técnica das leis penais em branco⁹³, principalmente aquelas que fazem

⁸⁹ ALBRECHT, *Die vergessene Freiheit*, p. 58.

⁹⁰ Conforme HASSEMER, *Einführung*, p. 380; igualmente HERZOG, “**Límites del Derecho Penal para controlar los riesgos sociales**”, p. 55, referindo que: “una política criminal así motivada que se transforme en Derecho penal caracteriza a este Derecho Penal por su orientación al valor de cambio político, es decir, una ‘flexibilización’ de los elementos típicos en áreas de ‘un amplio espectro de formas de reacción’, que puedan reaccionar en todo momento ante las ‘exigencias del mercado político.’”; também KUHLEN, “**Zum Strafrecht der Risikogesellschaft**”, p. 348, que, apesar das críticas à idéia de um Direito Penal do Risco no sentido de Prittwitz, refere que disso resulta a “desformalização e flexibilização, bem como uma erosão do tradicional Direito Penal do Estado de Direito.”

⁹¹ Nesse sentido HASSEMER, “**Kennzeichen**”, 1992, p. 382; igualmente NAUCKE, *Strafrecht*, p. 74.

⁹² Paradigmático DREIER, Ralf. “Generalklausel”, in *Staatslexikon*. Freiburg i.B.: Verlag Herder, Band 2, 1995. p. 863.

⁹³ A nova forma de manifestação da criminalidade tem levado à um uso cada vez mais freqüente de leis penais em branco sendo que isto já tem sido observado amplamente na União Européia, principalmente nos âmbitos da criminalidade econômica, ambiental,

uso de remissões dinâmicas, tendo em vista que o panorama atual comporta um número incalculável de situações extremamente complexas, o que justamente era utilizado como fundamento para o uso desta técnica já em épocas nas quais as situações complexas que reclamavam tutela jurídico-penal eram em número reduzido e cuja complexidade possuía extensão muito menor. Tal problemática já foi verificada por Sgubbi, principalmente ao observar que com o desaparecimento (*scomparsa*) da divisão de poderes, a autoridade administrativa independente torna-se legislador.⁹⁴ Porém, Kuhlen⁹⁵ tem referido a respeito disso, que

A adaptação do Direito Penal à mudança técnica exige uma forma abstrata de lei penal que possa ser mantida nesta abstração de forma constante e por muito tempo, ao passo que sua concretização leve em conta o rápido desenvolvimento dos modernos riscos. Uma possibilidade, ao legislador, relativa a uma abstração desta espécie consiste na elaboração de *leis penais em branco*.

Contudo, o problema em relação à este aspecto (violação ao princípio *nullum crimen nulla poena sine lege certa*) segue duas orientações: o primeiro, próprio de um Estado de polícia ou autoritário, se refere ao fato de que a lei não possibilita aos cidadãos conhecimento suficiente daquilo que lhe é proibido e o segundo diz respeito ao fato de que, como “a certeza da norma penal é a base da idéia de prevenção geral, pelo menos sob o ponto de vista da intimidação e da exigência de previsibilidade do uso do poder coercitivo estatal”⁹⁶, tal idéia se desvanece. Esta orientação leva à que o Direito Penal se desenvolva unicamente como um instrumento de solução dos conflitos sociais, sendo que, com isso, não se distingue mais, tanto quanto à sua utilidade, como pela sua gravidade, dos outros instrumentos de solução destes conflitos, de maneira que, apesar dos seus instrumentos rigorosos, o Direito Penal torna-se um *soft law*, um meio de manobra social.

O mandato de certeza é consequência obrigatória do fato de que um sistema jurídico se organiza sobre codificações, isto é, sobre leis

drogas ou ainda, lavagem de dinheiro, comparar, com uma análise abrangente da questão, DANNECKER, Gerhard. “Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft”, in **JZ**, München: Verlag Mohr Siebeck, Nr. 18, p. 869, especialmente as pp. 870 e 874 e ss.

⁹⁴ Compare SGUBBI, Filippo. “Il Diritto penale incerto ed efficace”, in **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano: Giuffrè, Nr. 04, 2001, p. 1193.

⁹⁵ Compare KUHLEN, “**Technische Risiken im Strafrecht**”, p. 55.

⁹⁶ SGUBBI, “**Il Diritto penale incerto**”, p. 1193.

escritas. Entretanto, o *moderno legislador* segue uma tendência à *experimentação*, orientando-se pelas conseqüências, e quanto mais o legislador penal toma em consideração as conseqüências, preocupando-se com os efeitos empíricos da sua atuação (e justifica a sua atuação pela produção e pela falta de tais efeitos) tanto mais ameaça a *lex certa*⁹⁷ e à medida em que se formulam preceitos pouco claros, imprecisos, extremamente flexíveis, as questões que não são resolvidas pelo legislador ficam entregues ao desenvolvimento judicial, e aqui reside o risco maior, pois a jurisprudência pode desenvolver uma norma formulada de modo flexível em uma direção completamente oposta àquela que queria lhe dar o legislador.⁹⁸ Assim, o legislador tende, como tem referido Albrecht⁹⁹, a criar tipos penais que sequer são compreensíveis, tipos nos quais mal parece possível distinguir a conduta proibida de uma conduta cotidiana normal.

Por outro lado, ao retirar as garantias do Direito Penal em geral, fazendo uso, aliás, de um efeito simbólico, será eliminada a sua potência jurídica protetora e se terão instrumentos que não servirão para nada ou tão só ao arbítrio punitivo. Representativo neste sentido é justamente o emprego abusivo, arbitrário e desvinculado de preceitos constitucionais de leis penais em branco, as quais se apresentam como instrumentos oportunos para regular as situações complexas que caracterizam a moderna criminalidade (a exemplo da legislação ambiental brasileira). O que se verifica já no âmbito da União Européia onde expressões como *Blankettstrafgesetzgebung* (legislação penal em branco) e *Blankettstrafrecht* (Direito Penal em branco) são de uso corrente, e em face disso se instituem diretrizes de caráter comunitário para o uso de tal técnica.¹⁰⁰

Diante deste panorama, é mister ter em vista as palavras de Ferrajoli, ao ressaltar o fato de que uma lei em branco é comparável “à uma espécie de caixa vazia preenchível de volta a volta com conteúdos muito arbitrários”, típicas de um “estado de polícia que consente intervenções punitivas livres de qualquer vínculo”,¹⁰¹ principalmente porque disso se deduz que as leis penais em branco não possuem *per se* um conteúdo

⁹⁷ Veja HASSEMER, *Einführung*, p. 255.

⁹⁸ HASSEMER, *Einführung*, p. 257.

⁹⁹ Compare ALBRECHT, *Die vergessene Freiheit*, p. 56.

¹⁰⁰ Comparar acerca disso EISELE, Jörg. “Einflussnahme auf nationales Strafrecht durch Richtlinienggebung der EG”, in *JZ*, München: Mohr Siebeck Verlag, Nr. 23, 2001, p. 1164.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*, 5. edizione, Roma-Bari: Laterza, 1998, p. 79.

arbitrário. Porém, à medida em que o seu emprego por parte do legislador se faz livre de qualquer vínculo e sem a observância dos limites quanto ao uso desta técnica, ou seja, sem a observância tanto das garantias fundamentais dos cidadãos como das garantias jurídico-penais que as asseguram, configuram um meio arbitrário de punição.

Com isso, não resta dúvida de que o conflito existente no Direito Penal entre modernismo e conservadorismo é inevitável e muito difícil de ser solucionado. Porém, é preciso ter em vista que a “reformulação” do postulado da certeza da lei penal, do modo como tem sido proposta pelos defensores de um Direito Penal do Risco de caráter expansionista, conforme já referido (no sentido de flexibilização ou debilitação do postulado), configura “violação” aos preceitos constitucionais do Estado de Direito, já que a conversão das leis penais em dispositivos extremamente abrangentes e flexíveis, representam um risco às garantias fundamentais dos cidadãos. De forma que, já por isso é necessário estabelecer diretrizes de caráter constitucional, para a elaboração desta técnica legislativa.

3. Aspectos constitucionais e diretrizes: à guisa de conclusão.

Naturalmente, o panorama delineado até aqui, segundo o qual exige-se a flexibilização dos princípios político-criminais de garantia, bem como a inobservância à preceitos constitucionais fundamentais, possibilitando, inclusive, um emprego abusivo até mesmo da técnica das leis penais em branco, é representativo de um Direito Penal do Risco que, na verdade, não cria paz social alguma, nem promove a segurança jurídica, senão apenas alimenta ilusões sobre as funções sociais de ordem jurídico-penal. Além disso, o fato do próprio Estado penetrar cada vez mais em âmbitos da vida social, acaba por transformá-lo de um Estado de Direito em um Estado de Polícia e de medidas intervencionistas, e a consequência disso é que o Direito Penal também converte-se em um Direito Penal de Polícia. E, naturalmente, o emprego da técnica das leis penais em branco é um recurso oportuno para um legislador de um Estado de Polícia, e ao mesmo tempo *uma arma muito perigosa*. Portanto, parece mais conveniente pôr de lado um Direito Penal do Risco, sem esquecer, contudo, os riscos de nossa sociedade contemporânea. Mas, para tanto, recorrendo à alternativas de controle social e de regulação diversas do Direito Penal.¹⁰²

¹⁰² Assim HERZOG, “**Algunos riesgos del Derecho Penal del Riesgo**”, p. 206.

Todavia, é preciso observar que a chamada “*Weltrisikogesellschaft*”¹⁰³ (Sociedade Mundial do Risco), ao mesmo tempo em que preconiza a flexibilização dos princípios penais de garantia, tem suscitado ainda problemas de ordem jurídico-estatal, que resultam da proposta de superação do caráter ilimitado da soberania estatal, uma vez que esta se torna indispensável para o desenvolvimento de um constitucionalismo mundial.¹⁰⁴

Contudo, a afirmação de que o Estado titular do poder-dever de punir impõe a lei penal por ele editada ao seu território¹⁰⁵, ou ainda de que o seu âmbito de eficácia deve se cingir, positiva e negativamente, ao chamado território nacional pertencente a um Estado¹⁰⁶, demonstra que, apesar de tudo, ainda prevalece a noção de um Estado constitucional que assenta na idéia tradicional de soberania¹⁰⁷⁻¹⁰⁸ e na noção de Estado que só pode atuar nos limites das competências que lhe são referidas pela Constituição. A partir disso se observa que a Constituição exerce um papel fundamental na legitimação das leis penais, pois a lei penal, como expressão de uma concepção de Estado de Direito, tem projetado na Constituição prescrições concretas que afetam o conteúdo mesmo do Direito Penal, uma vez que estabelecem limites. Em unissonância com este entendimento está a afirmação de Ferrajoli, de que o “legislador penal não tem o poder de dispor ou predispor proibições, penas e juízos ‘quando’ e ‘como’ quiser,

¹⁰³ A expressão é de BECK, *Das Schweigen der Wörter und die politische Dynamik in der Weltrisikogesellschaft*, p. 4.

¹⁰⁴ Comparar FERRAJOLI, Luigi. “O Direito como sistema de garantias”, in *O novo em Direito e Política*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 107; comparar ainda MAIZIÈRE, Thomas de. “Globalisierung und Nationalstaat”, in *Die politische Meinung*, Bonn: Konrad Adenauer, Nr. 382, 2001, p. 19-24, o qual ressalta que a Globalização tem enfraquecido de modo particularmente acentuado o Estado (nacional).

¹⁰⁵ Comparar JUNIOR, Miguel Reale. *Instituições de Direito Penal*, I. Forense, 2003, p. 107.

¹⁰⁶ Nesse sentido COSTA, José de Faria. “A globalização e o Direito Penal”, in *Revista de Estudos Criminais*, Nr. 06, 2002, p. 27.

¹⁰⁷ Soberania entende-se aqui como um atributo do Estado que se traduz pela circunstância de não reconhecer nenhum outro poder superior nem igual ao seu na ordem interna, sobre isso comparar BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*, p. 94; comparar ainda FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. “O Estado do futuro e o futuro do Estado in *Direito e Democracia*”, Canoas: Editora da Ulbra, vol. 1, Nr.1, 2000, p. 84.

¹⁰⁸ Trata-se da concepção de soberania vigente na maioria dos países latino-americanos, conforme se depreende do art. 37 da Constituição da Nação Argentina; art. 1.º, I e 2.º da Constituição Política da Bolívia; art. 1.º, I da Constituição da República Federativa do Brasil; art. 5.º da Constituição Política da República do Chile; art. 3.º e 9.º da Constituição Política da Colômbia; art. 1.º da Constituição da República do Equador; art. 1.º da Constituição do Paraguai; art. 43 da Constituição Política do Peru; art. 4.º da Constituição da República do Uruguai e art. 1.º da Constituição da Venezuela.

mas só na presença das condições estabelecidas como necessárias aos princípios garantistas enunciados pela Constituição.”¹⁰⁹

Um Estado Democrático de Direito¹¹⁰ tem como *uma* de suas orientações que o poder estatal seja considerado como vinculado, sobretudo à determinados princípios ou valores jurídicos superiores, que são reconhecidos como *elementos essenciais* do próprio postulado do Estado Democrático¹¹¹, dentre os quais se destaca o da segurança jurídica, o qual implica no fato de que a lei que responde aos pressupostos deste postulado deve também dizer ao indivíduo o que se ajusta ao direito e o que não.¹¹² De acordo com isso, pode-se afirmar que à este postulado de caráter formal corresponde o princípio da legalidade, na medida em que, na esfera penal, a segurança jurídica decorre *também* da função de garantia exercida por tal princípio.

No entanto, ao passo em que se verifica que um Estado Democrático de Direito começa a existir materialmente a partir do asseguramento dos direitos fundamentais, igualmente se constata que a grande maioria das Constituições Nacionais, ao estabelecer os direitos e garantias fundamentais, elenca o princípio da legalidade¹¹³, sendo que este passa a incorporar a posição de garantia fundamental e, ao mesmo tempo, de garantidor dos demais direitos fundamentais. Circunscrevendo-o no plano jurídico-penal, verifica-se que ele assume duplo caráter na orientação da legitimação da lei penal, enquanto postulado representativo de um Estado Democrático de Direito. Portanto, a preconizada debilitação ou flexibilização deste princípio, segundo a perspectiva do Direito Penal do Risco, de qualquer modo, implica na quebra do sistema democrático.

Nesse sentido, para se decidir acerca do rechaço ou da aceitação das chamadas leis penais em branco é preciso passar necessariamente pela validação constitucional das mesmas¹¹⁴. Ademais, em determinadas

¹⁰⁹ Comparar FERRAJOLI, *Diritto*, p. 721.

¹¹⁰ Assim como Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai, Venezuela.

¹¹¹ Assim, por exemplo, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica”, in **Nuevo Foro Penal**, N.º 56, 1992, p. 158, que refere: “hay pues un primer nivel de análisis cuando se plantea el sentido del poder punitivo del Estado en un sistema democrático, cual es el de los principios inherentes a un derecho penal democrático”.

¹¹² Comparar BENDA, Ernest. **Manual de Derecho Constitucional**. Madri: Editorial Marcial Pons, 2001, p. 490 e 493.

¹¹³ Compare, à título exemplificativo, o art. 5.º, inciso XXXIX da Constituição do Brasil, de 1988; o art. 19, 3.º da Constituição do Chile; o art. 2.º, 24, “d” da Constituição do Peru e o art. 29 da Constituição da Colômbia.

¹¹⁴ Comparar SANTANA VEGA, **El concepto**, p. 22.

matérias, devido à variabilidade e complexidade, a proteção penal somente pode se realizar de forma eficaz e correta por meio de leis penais em branco. Assim, por um lado, a sua total proscrição poderia produzir situações muito mais perigosas, como o emprego pelo legislador de leis completamente indeterminadas ou abertas, particularmente face à nova orientação social pelo risco e à tendência do legislador em fazer uso de um Direito Penal simbólico, e, por outro lado, sua admissibilidade incontestada e descontrolada afetaria a vigência absoluta do princípio da legalidade (enquanto expressão típica do “*Rechtsstaatsprinzips*”¹¹⁵) e, por conseqüência, levaria à violação de outros preceitos constitucionais. Dessa forma, a solução, que, por conseguinte, implica na constitucionalidade das leis penais em branco, está em admitir a compatibilidade destas com o princípio da legalidade, *desde que se cumpram as exigências que garantem de modo suficiente a efetividade das funções políticas atribuídas a este*, tanto no plano formal como material, *bem como a sua compatibilidade com os demais dispositivos constitucionais*, tanto os referentes aos direitos fundamentais, como os referentes à competência legislativa.¹¹⁶

Com isso, pode-se afirmar que a *Constituição não proíbe ao legislador o emprego de leis penais em branco*, porém, seu uso abusivo pode conduzir à inconstitucionalidade. Mas para que o seu emprego não implique em violação à Constituição, é necessário ter em vista as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, de forma que só serão inconstitucionais quando estas últimas não forem observadas. Dito de outro modo, ao legislador é *facultado* recorrer à técnica de remissão das leis penais em branco na construção dos tipos penais, quando apresentar-se como imprescindível para a incriminação de determinados fatos, embora deva sempre ter em vista os limites constitucionais que lhe são estabelecidos, bem como as exigências decorrentes do princípio da legalidade, caso contrário, verificar-se-á a inconstitucionalidade destas leis.

Assim, ainda que se destaquem os riscos apresentados pela técnica de remissão destas leis, não há como prescindir do seu emprego. Disso resulta que as leis penais em branco não são inadmissíveis nem mesmo por remeterem, em algumas hipóteses, ao conteúdo de dispositivos ainda

¹¹⁵ Comparar STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, 2. Auflage, Band 1, München: Verlag Beck, 1984, p. 825 e ss.

¹¹⁶ Nesse sentido CURY, **La ley**, p. 58.

desconhecidos emanados de outra instância, pois a suposição de legalidade também vige nesse sentido¹¹⁷. Para tanto, o legislador deve estabelecer a lei em branco em consonância com o princípio da legalidade, pronunciando a pena sem dubiedades e, ao mesmo tempo, descrevendo o conteúdo, o fim e a extensão da proibição (especificando, pelo menos, a conduta ou o resultado proibido, já na lei formal), de modo que o cidadão possa apreender os pressupostos da punibilidade e a espécie de pena cominada já à partir da lei, caso contrário não se terá cumprido o princípio da certeza legal dos crimes e das penas.¹¹⁸ É decorrência do princípio do Estado Democrático de Direito que o destinatário da norma, com auxílio no respectivo texto e à partir da interpretação do mesmo, possa prever a conduta penalmente proibida e a pena aplicável no caso de eventual violação, para que, conseqüentemente, se possa justificar a intervenção do Estado na esfera dos direitos do cidadão. Assim, para que seja admitida constitucionalmente a técnica de remissão é exigido que na lei fiquem suficientemente determinados os *elementos essenciais da conduta* (objetivos e subjetivos).

Em todo caso, nos tipos penais não se descrevem condutas “puras”, senão elaboram-se precisões que as especificam, de modo que só a sua execução *em determinadas circunstâncias* se adapta ao esquema traçado por cada um deles, do que resulta ainda que a lei penal em branco não precisa referir-se aos aspectos que não integram a conduta punível. Os tipos penais, como adverte Jescheck, “descrevem a conduta, o objeto da conduta, eventualmente o resultado, as circunstâncias exteriores da ação e a pessoa do autor”¹¹⁹, e estes últimos *se encontram fora do conteúdo da conduta*. Por isso, como já afirmou Cury,¹²⁰ a lei penal em branco não requer referência às circunstâncias, podendo remeter a sua especificação ao dispositivo de complementação. Por outro lado é necessário observar que não se exige que a descrição da matéria de proibição se cumpra empregando de precisão lógica, pois isto escapa até mesmo às possibilidades da linguagem, na medida em que esta exige uma relação com a realidade.¹²¹

Outro aspecto que surge aqui, aliás, é o de que as leis penais em branco *em sentido estrito*, ao remeterem o preenchimento do branco à dispositivos emanados de instâncias de categoria inferior, implicariam em

¹¹⁷ Nesse sentido JESCHECK, **Lehrbuch**, p. 86.

¹¹⁸ Nesse sentido CURY, **La ley**, p. 59; comparar ainda JESCHECK, **Lehrbuch**, p. 86.

¹¹⁹ JESCHECK, **Lehrbuch**, p. 220.

¹²⁰ Comparar CURY, **La ley**, p. 73.

¹²¹ Comparar HASSEMER, **Einführung**, p. 178.

delegação de poderes, de forma que configurariam hipótese de inconstitucionalidade. Quanto à isso se pode ressaltar que as leis penais em branco em sentido estrito não configuram tal hipótese, desde que a sua estrutura venha imposta pela *divisão de poderes*, o que – naqueles países em que a competência para legislar em matéria penal é privativa da União¹²² – ocorre quando a lei em branco (formal) descreve suficientemente a matéria de proibição remetendo tão só a individualização – e não o estabelecimento da matéria de proibição – à dispositivo emanado de outro órgão de “categoria inferior”.¹²³⁻¹²⁴ Pois ao remeter a *definição do núcleo* do fato punível a um regulamento se estaria habilitando a Administração à “legislar” em matéria penal, e, por conseqüência, infringindo tanto o postulado da divisão de poderes, como o princípio da legalidade.

Além desses aspectos, não há como deixar de tecer algumas considerações a respeito do dispositivo ao qual se remete para “preenchimento do branco” (a chamada “norma de complementação”). Este deve ser necessariamente determinado, de modo que cumpra com o objetivo de “complementação” da lei penal em branco e jamais implique em uma segunda remissão (*remissão sucessiva*)¹²⁵, caso contrário o ideal de segurança jurídica não é alcançado e, ademais, a remissão à diversos dispositivos de complementação impossibilita ao cidadão o conhecimento da lei, na medida em que “ultrapassa a curta capacidade de recordação do homem”¹²⁶, o que implica, portanto, em violação aos princípios da legalidade e do Estado Democrático de Direito.

¹²² Assim, por exemplo, o art. 22, I da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, atribui à União a competência privativa para legislar em matéria penal; da mesma forma, a Constituição Argentina determina no art. 75, 12, que cumpre ao Congresso ditar o Código Penal, bem como no art. 99, 3, veda expressamente ao Executivo legislar em matéria penal; a Constituição da Venezuela refere no art. 156, 32, que compete ao Poder Público Nacional e a Constituição do Chile diz, no art. 60, 3, tratar-se de matéria de *lei*.

¹²³ Analisado sob uma perspectiva escalonada do ordenamento jurídico.

¹²⁴ Nesse sentido comparar TRIPMAKER, “**Der subjektive Tatbestand**”, p. 292.

¹²⁵ Tal problemática ocorre com o art. 269 do Código Penal brasileiro, que remete o preenchimento do branco (que consiste na elaboração do rol de doenças cuja “notificação é compulsória”) à Lei 6.259/75 (art. 7.º, I e II), a qual *preenche parcialmente* o branco do tipo ao especificar que são de notificação compulsória, primeiramente, as doenças que impliquem medidas de isolamento ou quarentena *de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional* (ou seja, remetem, por sua vez, à este último), e, por conseguinte, as doenças constantes de relação elaborada pelo Ministério da Saúde, para cada Unidade da Federação, a ser atualizada periodicamente (neste caso trata-se de segunda remissão ou remissão sucessiva, no qual órgão de hierarquia inferior tem a capacidade de estabelecer o *espaço de risco permitido* em matéria penal).

¹²⁶ HAFT, “**Recht und Sprache**”, p. 272.

Finalmente, como visto, as leis penais em branco *per se* suscitam problemas que se resolvem no plano constitucional e em observância aos clássicos princípios político-criminais de garantia. Portanto, aderir a um modelo flexibilizador, orientado pelos riscos globais e pela idéia de insegurança, conduzirá à violação do próprio princípio do Estado Democrático de Direito, sendo que a técnica das leis penais em branco será um instrumento oportuno nesse sentido.

