

# O PÊNDULO SIMBÓLICO-INSTRUMENTAL DO DIREITO PENAL BRASILEIRO: CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA COMO EXPRESSÃO INSTRUMENTAL DA ORDEM PUNITIVA

**NOEL DE OLIVEIRA BASTOS**

Mestre em Direito Constitucional pela UFRN; Professor universitário; Advogado; Consultor tributário em Natal-RN. E-mail npbastos@hotmail.com

## Resumo

O presente ensaio versa sobre as tendências legiferantes em matéria criminal, no afã de descortinar o movimento pendular que embala a produção de estatutos jurídicos repressivos brasileiros, em face das irritações nefastas do subsistema político responsáveis pelas legislações de caráter simbólico e as de cunho instrumental. Para tanto, utilizar-se-á a metodologia sistêmica de viés funcionalista, a partir das obras de Niklas Luhmann e de Marcelo Neves. Por sua vez, compreende-se por legislação simbólica toda e qualquer manifestação legal que imponha a exacerbação da resposta sancionadora do Direito Penal, de acordo com os lineamentos do Direito Penal Máximo. Ressalte-se que esta tendência tem apenas por escopo arrefecer os ânimos da opinião pública insatisfeita com a segurança pública. Apresenta-se como elucidativo exemplar de legislação simbólica a Lei n.º 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), ao introduzir comandos legais agravadores da execução penal brasileira. Por outro lado, registre-se que a legislação instrumental apresenta-se como tendência diametralmente oposta aos estatutos simbólicos. Assim sendo, compreende-se por legislação instrumental toda e qualquer resposta criminalizadora que somente vise ao aumento da carga eficaz de legislações extrapenais, sob o manto da ameaça penal. A propósito, tem-se a Lei 8.137/1990 que instituiu a mais novel disciplina dos crimes contra a ordem tributária como expressão instrumental da ordem punitiva. Em última ratio, no âmbito de criminalização das condutas, o legislador brasileiro muitas vezes é levado pelo embalo do pernicioso pêndulo simbólico-instrumental, enquanto hipótese a ser oportunamente demonstrada durante a presente investigação crítica pautada na Teoria dos Sistemas.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Sistemas. Legislações simbólica e instrumental.

## *SYMBOLIC-INSTRUMENTAL PENDULUM OF BRAZILIAN CRIMINAL LAW: CRIMES AGAINST TRIBUTARY ORDER AS INSTRUMENTAL EXPRESSION OF THE PUNITIVE ORDER*

## Abstract

The current essay cares about law making tendency upon criminal issues, intending to unveil the pendulous movement cradling the production of Brazilian repressive legal statutes, in face of nefarious irritations of the political subsystem responsible for the production of laws symbolic in nature or instrumental. To do so, we will use a functionalist systemic methodology, from works by Niklas Luhmann and Marcelo Neves. In turn, we understand as symbolic legislation any lawful demonstration that imposes the exacerbation of Criminal Law's sanctioning response according to the guidelines of the Maximum Criminal Law. It is noteworthy that this trend is only scoping to cool tempers by public dissatisfaction with public safety. We will present, in a illustrative mood, Law No. 10.792/2003, which introduced the Differentiated Disciplinary Regime (RDD), introducing worsen legal commands of the Brazilian penal execution. On the other hand, it can be noted that the instrumental law presents itself as tendency diametrically opposed to symbolic statutes. Therefore, it can be understood as instrumental legislation any criminalizing response that only seeks to increase the efficacy load of extra criminal laws under the cloak of criminal threat. In this regard, there is the Law 8.137/1990 which imposed newest discipline on crimes against the tributary order as an expression of the instrumental punitive order. In "ultima ratio", under the criminalization of behaviors, the Brazilian legislator is often carried by the swing of the pernicious symbolic-instrumental pendulum as a hypothesis to be proved timely during this critical investigation based on Systems Theory.

**Keywords:** Criminal Law. Systems. Symbolic and instrumental laws.

## 1 INTRODUÇÃO

Em matéria de política criminal, o Direito Penal brasileiro vem sendo, continuamente, embalado por *movimentos repressivos*, que oscilam ao sabor das irritações do subsistema político, sob a regência do código-diferença poder/não poder.

À semelhança de um pêndulo, de um lado exsurtem movimentos de criminalização *simbólica*<sup>1</sup>, de outro, surgem os de criminalização *instrumental*<sup>2</sup>.

Desse modo, o subsistema jurídico brasileiro vem sofrendo um *direcionamento pendular*, por assim dizer: ora, são produzidas *legislações penais* destituídas de quaisquer *critérios racionais*<sup>3</sup>, enquanto verdadeiras *reações simbólicas*, de tal sorte que se destinam à mera satisfação das *reivindicações sociais momentâneas*, ora, são editadas *legislações criminais* de caráter instrumental, tão somente destinadas a proporcionar eventual aumento da carga eficaz de outras legislações extrapenais, a exemplo das disposições legais tributárias<sup>4</sup>.

A *reação simbólica* ocorre no momento em que disposições normativas são introduzidas no sistema jurídico penal, sob inspiração das correntes defensoras do Direito Penal Máximo<sup>5</sup>, pregadoras da *hipertrofia das sanções privativas de liberdade*, bem como da *exacerbação da execução penal*, como resposta aos reclames sociais - a exemplo do que ocorreu com a instituição do *Regime Disciplinar Diferenciado* (RDD), em 2003, no Brasil.

Por outro lado, ocorre a *reação instrumental* no instante em que disposições criminalizadoras são editadas com o mero intuito de *fomentar o cumprimento de outras disposições legais de natureza extrapenal*. Nesse sentido, a baixa quota de eficácia social da Legislação Tributária gerou a necessidade de criar diploma tipificador dos *Crimes Contra*

a *Ordem Tributária*, em 1990.

Superada a delimitação temática, no plano metodológico pretende-se descortinar esse *movimento legislativo pendular* de edição de diplomas legais, ora simbólicos, ora instrumentais, enquanto *objetivo geral*.

Como *objetivo específico*, busca-se investigar o *caráter eminentemente instrumental dos Crimes contra a Ordem Tributária* (Lei n.º 8.137/1990), transmudados em meros utensílios de implementação da *arrecadação tributária*.

Para fins deste ensaio, utilizar-se-á o método sistêmico-funcionalista, destacando-se, sobremaneira, as influências nefastas do subsistema político no subsistema jurídico penal, o qual passou a guiar-se tanto por *irritações simbólicas*, como por *instrumentais*, em matéria de *criminalização de condutas* no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Enquanto referencial teórico, aplicar-se-á a Teoria dos Sistemas ao objeto de investigação, a partir das obras de Niklas Luhmann (1983) e de Marcelo Neves (2007), no intuito de demonstrar a *hipótese* aventada, a saber: o sobredito *movimento pendular simbólico-instrumental* do legislador criminal brasileiro, impulsionado pelas irritações do subsistema político sobre o subsistema jurídico penal.

## 2 ASPECTOS EVOLUTIVOS E ESTRUTURANTES DA MODERNA TEORIA DOS SISTEMAS

### 2.1 ESCORÇO HISTÓRICO DO PENSAMENTO SISTÊMICO

Etimologicamente, o vocábulo sistema provém do grego, enquanto signo que encarta a significação de *reunião*,

1 NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*, pp. 38-39. De se ressaltar, porém, que, para Marcelo Neves, a legislação simbólica é também um fenômeno decorrente da “crença instrumentalista” das legislações (NEVES, 2007, p.39). Desta maneira, assiste razão ao eminente autor, de tal sorte que existem *problemas eficáciais* nestes estatutos jurídicos, como se depreende de suas lições, in verbis: “A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz [...]” (NEVES, 2007, p. 51). Neste ensaio, porém, examina-se o *instrumentalismo jurídico* sob o viés do *aumento da carga eficaz* das legislações extrapenais, v.g., dos *crimes contra a ordem tributária*. Em nosso refletir, tratam-se de tipificações desnecessárias, porquanto, para aperfeiçoar a arrecadação tributária, bastaria robustecer a estruturação da Administração Pública Tributária, especialmente, no tocante à qualificação constante do setor de recursos humanos, evitando amadorismos e arbitrariedades.

2 BERTOLUCCI, Marcelo Machado. *A incompatibilidade entre a criminalização do inadimplemento de tributos e o direito penal garantista*. In *Leituras Constitucionais...*, p. 131.

3 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 139. Revisitando a literatura iluminista, tem-se o teorema no qual Beccaria propõe a *proporcionalidade* da punição, conforme a gravidade do crime perpetrado, enquanto critério racional de resposta punitiva. Neste sentido: “De tudo quanto se viu até agora poderá extrair-se um teorema geral muito útil, mas pouco de acordo com o uso, legislador, por excelência, das nações, ou seja: para que a pena não seja a violenta de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada por lei”.

4 AZEVÉDO, Jackson Chaves de. *Reforma e “contra”-reforma penal no Brasil*, pp.18-19. A professora Vera Regina Pereira de Andrade, autora do prefácio da obra, corrobora essa *tendência pendular*, mas, a partir da *Criminologia Crítica*: “[...] O Direito Penal mínimo é a própria condição para que o Direito Penal seja, crescentemente, máximo para os mesmos (bandidos, marginais, outsiders) que vivem em simbiose com o cárcere. [...] para verificar que não apenas se dirigem aos ‘clientes’ habituais do cárcere, como abrangem ‘potencialmente’ clientes habitualmente excluídos do sistema penal: os estratos médio e alto da sociedade.” Destarte, para a “clientela” há um constante *endurecimento* do sistema penal, de caráter simbólico. No entanto, para os estratos da alta sociedade, potenciais transgressores das obrigações tributárias principal e acessória, apenas há tipificação com intenção de *aumentar a arrecadação*, de tal sorte que o *pagamento*, antes do recebimento da peça acusatória, extingue a punibilidade dos “agentes”.

5 GIORGI, De Alessandro. *Neoliberalismo e controle penal na Europa e nos Estados Unidos: o caminho de uma democracia punitiva?* Trad. Maria Lúcia Karam, In *Veredas do Direito*, Jun/Dez.2004, pp.29-42. Especialmente, ao tratar da *grande intenação* (política de exacerbação do encarceramento) e das *leis penais neoutocráticas* denominadas *War on Drug, War on Crime*, entre outras, respectivamente, p.30 e p. 32.

*conjunto ou todo*, como bem preleciona Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2009, p.108).

O pensamento sistêmico, porém, ganhou maior rigor a partir de Immanuel Kant, em sua célebre obra *Crítica da Razão Pura*, ao enunciar que um sistema seria um “conjunto ou totalidade de conhecimentos logicamente classificados, segundo um princípio unificador”, conforme o eminente constitucionalista<sup>6</sup>.

Eis o que a filosofia clássica alemã passou a chamar de *sistema extrínseco* ou *externo*, uma vez que representa um *tudo organizado*, no qual se expressa uma construção teórica de um sujeito cognoscente, a partir de uma realidade caótica.

Destacando-se o caráter didático-expositivo do sistema extrínseco, tem-se, conforme lições de Mário Losano, que “tal conceito é uma técnica didática ou expositiva que permite colocar ordem nos dados caóticos da realidade” (LOSANO, 2010, p. 1).

Desta maneira, o *sistema extrínseco* ou externo é o ponto de chegada do teórico, ou seja, trata-se do *produto final* de uma concatenação intelectual do sujeito cognoscente.

Por outro lado, também se herdou da filosofia kantiana a noção de *sistema intrínseco* ou *interno*, que influenciou intelectuais do quilate de Gustav Radbruch e Hans Kelsen (LOSANO, 2010, p. 1).

Diferentemente do extrínseco, o sistema *intrínseco* ou *interno* demanda que o sujeito cognoscente se debruce em determinado objeto de estudo representado por uma *estrutura* de antemão ordenada (LOSANO, 2010, p. 2)<sup>7</sup>.

Ressalte-se, porém, que, apenas no século XX, o pensamento sistêmico alçou foros de notoriedade científica, em razão de inúmeras contribuições multidisciplinares, como as de Ludwig von Bertalanffy (2009), as de Humberto Maturana e de Francisco Varela (MATURANA; VARELA, 2001, p. 52), nas ciências biológicas, bem como as de Norbert Wiener (2009, p.107), na cibernética, sem se olvidar das preleções no campo da sociologia do direito, com Niklas Luhmann.

Somente, neste contexto, pode-se falar em uma *Teoria dos Sistemas* estruturada sob *premissas rigorosamente científicas*, ao ponto de Ludwig von Bertalanffy declarar-la *ciência* destinada à “investigação científica de ‘conjuntos’ e ‘totalidades’” (BERTALANFFY, 2009, p.13), dotada de

premissas sofisticadamente herméticas, baseadas em gráficos e formulações matemáticas, aplicáveis a uma gama inimaginável de saberes, como às ciências biológicas, à economia, ao direito e à cibernética, etc.

## 2.2 A SOCIEDADE COMO SISTEMA: DO DECISIONISMO À AUTOPOIESE LUHMANNIANA

### 2.2.1 Sociedade: do modelo clássico ao luhmanniano

O pensamento filosófico ocidental deixou como legado a lição segundo a qual “A sociedade era vista como associação de homens concretos, muitas vezes explicitamente chamada de corpo social” (LUHMANN, 1983, p. 169).

Dessa forma, tradicionalmente, o ser humano concreto era visto enquanto elemento constitutivo do *organismo social*. E, por conseguinte, toda ação humana era circunscrita a *determinados limites materiais*, ou, com mais exatidão, aos limites territoriais de cada Estado nacional.

Em sentido diametralmente oposto, a sociologia jurídica baseada na teoria luhmanniana estilhou o referido paradigma, de sorte a considerar a *sociedade* uma *estrutura social* composta de outras subestruturas, denominadas de *subsistemas* ou *sistemas parciais*, v.g., a economia, o direito, a política, a família, a religião, educação e a personalidade<sup>8</sup>, entre outros.

Assim sendo, de maneira curiosa, “o sistema social, enquanto sistema estruturado de ações relacionadas entre si através de sentidos, não inclui, mas exclui o homem concreto” (LUHMANN, 1983, p. 169), nos dizeres de Niklas Luhmann.

Em síntese, para *Teoria dos Sistemas* de Niklas Luhmann, os homens convivem aos sabores de inúmeros subsistemas sociais regidos por seus respectivos códigos-diferença, a exemplo do *ter/não ter*, pertinente à economia, *lícito/ilícito* relativo ao direito e do *poder/não poder*, inerente à política.

### 2.2.2 Sociedades arcaicas e industriais e as espécies de diferenciações (segmentária e funcional)

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p. 108. No original, conforme o sobredito constitucionalista, na nota de rodapé 18, tem-se a assertiva kantiana, no sentido de que “Entendo por sistema a unidade dos diversos conhecimentos *debaixo de uma idéia*” (itálico acrescido). O emérito constitucionalista preferiu verter o último trecho original “*unter einer Idee*”, numa nomenclatura mais usual, a saber: “debaixo de um princípio unificador”, mas também forneceu na literalidade “debaixo de uma idéia”.

<sup>7</sup> LOSANO, Mário. *Idem*, p. 2, v. 2. Não é por outra razão, conforme Mário Losano, que por *sistema interno* entende-se “[...] uma estrutura ínsita no objeto estudado [...]”, na qual “[...] a tarefa do estudioso consiste em descobri-la e em descrevê-la [...]”.

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, p. 169. Desta maneira, “O homem vive como um organismo comandado por um sistema psíquico (personalidade)”.

Ainda em sua fase decisionista, Niklas Luhmann fez perspicaz distinção entre as *diferenciações segmentária e funcional*, articulando-as com supedâneo no “princípio de divisão da sociedade em sistemas parciais” (LUHMANN, 1983, p. 176).

Neste sentido, tem-se que “na diferenciação segmentária são formados diversos sistemas iguais ou semelhantes: a sociedade compõe-se de diversas famílias, tribos etc.” (LUHMANN, 1983, p. 176).

Para Niklas Luhmann, sociedades *pouco diferenciadas* funcionalmente são aquelas de *cunho arcaico*, nas quais os *papeis jurídicos*, econômicos, familiares e religiosos concentram-se em *poucos atores sociais*, conforme idade e sexo.

Em outras palavras, um chefe tribal (investido em papel de subsistema político) também tem poderes de dizer o que é *lícito ou ilícito* para toda tribo (subsistema jurídico), bem como pode conduzir os saberes (subsistema educacional), sem se olvidar da possibilidade de influir na determinação da crença da referida organização social (subsistema religioso).

Distintamente, tal *concentração de papeis ou funções* nas mãos de poucos, ou mesmo de apenas um representante social, não ocorre nas sociedades industriais, em razão da pressão exercida pelo *princípio da divisão do trabalho social*, que força a *diferenciação funcional*.

Nesse sentido, de acordo com Niklas Luhmann, “Na diferenciação funcional os sistemas parciais, ao contrário, são formados para exercerem funções especiais ou específicas, sendo, portanto, distintos entre si: para a política e a administração, para a economia [...]” (LUHMANN, 1983, p.176).

Por seu turno, encontra-se alto grau de diferenciação apenas nas *sociedades industriais*, de maneira a ensejar ao aumento do *grau de especialização de tarefas* ou *campos funcionais* (LUHMANN, 1983, p.176).

Isso denota a *pressão evolutiva* decorrente da aplicação do *princípio da divisão do trabalho social* após o fenômeno da industrialização nas sociedades modernas, caracterizadas pela alta *complexidade*, em face das contingências oferecidas nesses ambientes sociais.

Nessa esteira, segundo Niklas Luhmann, “após diversos ensaios históricos principalmente nas áreas da religião e da política, a diferenciação principal da sociedade desloca-se generalizadamente da forma segmentária para a funcional” (LUHMANN, 1983, p. 177).

A *diferenciação funcional* equivale a pensar a Sociedade enquanto *estrutura* dotada de *subsistemas autônomos* (política, direito, família, educação, religião, etc.), operativa-

mente *fechados*, de sorte que o poder político, v.g., apenas *irrita* o direito, no sentido de *direcionamento* da produção normativa do que passará a ser positivado como *lícito* ou *ilícito*, através dos processos jurídicos de produção normativa encartados na Constituição de cada Estado, vale dizer, através do *devido processo legislativo*.

É exatamente neste sentido que os *diplomas criminais* podem ser produtos de irritações *simbólicas* ou meramente *instrumentais*, as quais serão oportunamente abordadas neste ensaio.

Assim sendo, atendo-se ao referido lineamento evolucionista, cada *subsistema* opera com fulcro em código-diferença próprio, de *natureza binária*, a exemplo de *poder/não poder* (política), *lícito/ilícito* (direito) e *ter/não ter* (economia), como bem ressalta Marcelo Neves (NEVES, 2009, p. 57).

Em face disso, os subsistemas sociais gozam de *autonomia operacional*, pois *funcionam* de conformidade com seus *diferentes códigos*, elementos que lhes conferem *especialização* em seus respectivos *modus operandi*.

De inigualável solidez é a lição do expoente da teoria do discurso, Jürgen Habermas, quando afirma que o direito “se estabelece ao lado de outros sistemas, como um sistema parcial funcionalmente especificado que se reproduz a si próprio, operando de modo auto-referencial, isto é, que só elabora informações exteriores na medida do próprio código”. (HABERMAS, 2003, p.224, v. II).

A propósito, em se tratando do subsistema jurídico, basta, para o enfoque sistêmico-funcionalista, que o mesmo *funcione*, conforme seu código binário *lícito/ilícito*, independentemente de problemas relativos à *justiça*.

Corroborando essa *concepção funcionalista* de Niklas Luhmann, têm-se as diletas lições de Arthur Kaufmann, no sentido de que:

segundo este funcionalismo, não importa que o direito seja justo (nem sequer existe algo parecido com justiça ou indisponibilidade; trata-se apenas de símbolos por meio dos quais se reiteram boas intenções); numa sociedade com um alto grau de complexidade é apenas decisivo que o direito funcione, na medida em que reduza a complexidade (o que, com certeza, faz algum sentido, tornando, todavia, o direito totalmente fungível) (KAUFMANN, 2002, p.128-129)<sup>9</sup>.

Por sua vez, retomando-se as reflexões quanto às espécies sistêmicas de diferenciação, tem-se que a *tendência de diferenciação funcional* inerente às sociedades modernas dá

<sup>9</sup> KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito...in* Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas, pp.128-129. Também, neste sentido: DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional...*, pp. 131-132; PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia del derecho...*, p. 262; WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, p. 90; MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*, p. 24.

azo ao enfrentamento do paradigma da *complexidade*.

Nessa esteira, são elucidativas as preleções de António Manuel Hespanha, a respeito da *complexidade* nas sociedades modernas:

Para Luhmann, a complexidade do mundo humano decorre do facto de os comportamentos serem necessariamente mediados pela *comunicação*; ou seja, pelo facto de eles apenas serem importantes por terem um *sentido*, por constituírem mensagens para nós. Daí que a redução da complexidade da vida social passe por uma redução da ambigüidade dos actos humanos, por uma tentativa de fixar sentidos esperados, estáveis, consensuais, 'não irritantes' (HESPANHA, 2009, p. 211).

Por derradeiro, a diferenciação funcional é exaustivamente divulgada por Marcelo Neves (NEVES, 2006, p.13), enquanto construção sociológica enraizada na clássica concepção durkheimiana de *divisão do trabalho social*, própria das sociedades modernas e industrializadas.

### 2.2.3 Autonomia operacional dos subsistemas e o conceito de acoplamento estrutural

Todavia, esta *autopoiese* ou *auto-referência* não significa a ausência de comunicação (ausência de irritações), ou mesmo, a transformação dos subsistemas em verdadeiras *ilhas inacessíveis*.

Assim, há *fluxo* e *contrafluxo* de informações entre os sistemas que se perfazem mediante verdadeiras *pontes* de comunicação desse diálogo, sempre buscando o aprendizado recíproco entre os subsistemas, através das respectivas regras procedimentais.

Num sentido metafórico, os sobreditos *fluxos* e *contrafluxos* cognitivos equivaleriam à *passagem de pedestres* (irritação), uma vez que os respectivos transeuntes, ao atravessarem mutuamente as ilhas (subsistemas), trazem novas informações as estas (abertura cognitiva).

Por sua vez, a ponte seria o *acoplamento estrutural* (*strukturelle Kopplung*) que proporciona a *irritação* entre os subsistemas (fluxo e contrafluxo de transeuntes), mas mantém as respectivas *autonomias operacionais* dos sub-

sistemas, que *funcionam* segundo seus próprios códigos binários.

Dessa maneira, o papel do *acoplamento* é fornecer uma *estrutura de comunicação* entre os *subsistemas* (*Kommunikationssysteme*), permitindo o fluxo e contrafluxo de informações através de irritações mútuas, nas precisas lições de Nikolai Häussermann (HÄUSSERMANN, 2005, p. 7).

Não é por outro motivo, que, segundo Nikolai Häussermann, em seminário promovido na Universidade de Heidelberg, "o elemento central do sistema é seu caráter autopoietico, sua auto-referência." (HÄUSSERMANN, 2005, p. 7)<sup>10</sup>.

A par das metáforas, tecnicamente, pode-se asseverar que o direito *dialoga* com a *política* (*irrita*)<sup>11</sup>, ao estabelecer regras e princípios jurídicos relativos ao processo legislativo, determinantes das competências legiferantes e dos possíveis instrumentos introdutores de disposições normativas no ordenamento jurídico (lei ordinária, complementar, delegada ou medida provisória), enquanto consequências do *embate* entre o governo e oposição (poder/não poder, código binário próprio da política).

Há, portanto, aprendizado recíproco em cada fluxo e contrafluxo entre a *política* e o *direito*, através da Constituição em sentido moderno, investida no papel de *acoplamento estrutural*<sup>12</sup>, como bem preleciona Marcelo Neves (NEVES, 2007, pp.64-65).

### 2.2.3 Crítica habermasiana à estruturação luhmanniana

A par dessa sofisticada construção teórica de Niklas Luhmann, foi Jürgen Habermas que passou a acusá-lo de formular uma *teoria sociológica decisionista*, enquanto mais emblemático crítico das formulações sistêmicas do intelectual de Bielefeld.

Ainda em sua fase decisionista, Niklas Luhmann asseverou:

No sentido temporal, o direito tem que ser institucionalizado como sendo modificável, sem que isso limite sua função normativa. Isso é possível [...] Isso permite que em outras situações (em outros momentos, para outros papéis ou outras pessoas) ela se torne objeto de decisão, ou seja variável (LUHMANN, 1985, p. 10).

10 HÄUSSERMANN, Nikolai. *Lernen als strukturelle Kopplung*. ... p.7. No referido seminário, Nikolai Häussermann ensina que "O elemento central do sistema é seu caráter autopoietico, sua Auto-referência", em tradução livre do original: "Das zentrale Element von Systemen ist ihr autopoietischer Charakter, ihre Selbstreferenz".

11 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 35. Digna de nota é a menção à teoria dos sistemas, até mesmo entre autores de estirpe e metodologia dogmáticas, a exemplo do Professor Leonardo Martins, ao expor sua serena adesão às premissas luhmannianas, no sentido de que: "[...] De resto, a teoria sistêmica provou que o sistema econômico, como todo sistema social, é autopoietico, de tal sorte que os sistemas político e jurídico só podem ocasionar nele irritações localizadas."

12 NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*, 2007, pp. 64-65. Relembre-se que também o conceito de "acoplamento estrutural" advém da teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela, uma vez que a sobredita criação conceitual é pertinente à teoria dos sistemas autopoieticos, como bem elucidada Marcelo Neves.

Reconhecendo as aguçadas críticas, Niklas Luhmann passou a investigar as estruturas teóricas de autoria de Humberto Maturana, biólogo chileno.

Para expurgar a pecha decisionista, o pensador de Bielefeld inspirou-se nitidamente nos aportes teóricos da biologia de Humberto Maturana e Francisco Varela (MATURANA; VARELA, 2001, p.52)<sup>13</sup>, no sentido de que os seres vivos são estruturas que se produzem por si sós (organizações autopoieticas).

Assim, os biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela (NEVES, 2006, p.60) avançaram nos estudos sistêmicos, ao inaugurarem a premissa teórica da *auto-referência* ou *autopoiese* (do grego, *autós* “por si próprio”; poiesis “criação”, “produção”) incorporada ao pensamento luhmanniano, após as críticas de Jürgen Habermas.

Destarte, segundo Nikolai Häussermann (HÄUSSERMANN, 2005, p. 4),

é lícito asseverar que os conceitos de *autopoiese* e *acomplamento estrutural* (*strukturelle Kopplung*) advêm das formulações de autoria de Humberto Maturana, desenvolvidas desde a década de 60, do século XX.

### 3 LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA VS. LEGISLAÇÃO INSTRUMENTAL: O PÊNDULO LEGIFERANTE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

#### 3.1 LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA NO DIREITO PENAL

Enfrentadas as questões de ordem metodológica, impende investigar os fenômenos das *legislações simbólica e instrumental*, como marcos de reflexão do presente ensaio.

Nos meios midiáticos, não é raro vir à tona a discussão sobre temas afetos à mitigação dos direitos e garantias fundamentais oriundos da consolidação do Estado Democrático de Direito, a exemplo da *redução etária da imputabilidade penal*<sup>14</sup> ou mesmo a edição de *diplomas de excitação da execução penal*.

A propósito do tema, “no Direito Penal, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude mais drástica contra determinados crimes”, como assevera Marcelo Neves (NEVES, 2007, p. 38).

Entre 1959-60, na Alemanha, destaque-se a ocorrência da sobredita reação às ondas antissemitas, em razão das constantes violações de cemitérios judeus e sinagogas, as quais motivaram prontamente a exacerbação punitiva, na Reforma Penal do § 130, do Código Penal tedesco (StGB) (NEVES, 2007, p. 38)<sup>15</sup>.

No Brasil, em 2003, basta lembrar a resposta agravadora da execução penal através do *Regime Disciplinar Diferenciado* (RDD), com a edição da Lei n.º 10.792/2003.

Nesse sentido, a alteração realizada pelo referido diploma legal fez-se sentir quanto à exasperação do regime jurídico de execução penal, quanto ao disposto no artigo 52, da Lei de Execução Penal, cuja nova redação passou aos seguintes termos, segundo anotações de Maurício Kuehne:

Art.52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I – duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada; II – recolhimento em cela individual; III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de 2 (duas) horas; IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol. §1.º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. §2.º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (KUEHNE, 2004, p. 275-276).

Chama atenção a *extrema severidade* do referenciado regime, principalmente no sentido de buscar inibir *ações internas* de agentes criminosos, especialmente quanto ao crime organizado, como bem enfatiza o disposto no §2º, do novel artigo 52 da Lei de Execução Penal.

Parece que a sanha legislativa não para por aí. Desde 2007, noticia-se que há novo projeto de lei que visa à positividade de outra versão ainda mais rigorosa do Regime Dis-

<sup>13</sup> MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore...*, p. 52. Segundo os autores, os seres vivos “[...] se caracterizam por – literalmente – produzirem de modo contínuo a si próprio, o que indicamos quando chamamos a organização que os define de organização autopoietica.” (grifo dos autores).

<sup>14</sup> A propósito, discussão infrutífera em face do *caráter pétreo* da referida cláusula, sob o aspecto dogmático, no Direito Constitucional Positivo brasileiro.

<sup>15</sup> NEVES, Marcelo. *Idem*, p. 38. Exemplo fornecido pelo autor, a respeito da *reforma penal* contra a onda *anti-semítica*, entre 1959-60, na Alemanha.

ciplinar Diferenciado, destinada à coibição dos comandos oriundos das facções criminosas responsáveis pelo tráfico de entorpecentes.

É o que vem sendo chamando de RDD MAX, que pretende ampliar para 02 (dois) anos a submissão dos eventuais envolvidos nestas práticas delituosas pertinentes ao crime organizado, entre outras restrições (MARRA, 2007).

À evidência, o legislador brasileiro ainda não percebeu que a redução dos problemas ligados à *criminalidade* não está apenas vinculada à *ausência* de respostas do *subsistema jurídico*, a exemplo da *suposta necessidade* de novas leis criminalizadoras e agravantes do regime de execução penal.

A rigor, o combate à *criminalidade* perpassa igualmente por condições extrajurídicas, como as proporcionadas pelos *subsistemas educacional, econômico e político*, de sorte que estando ausentes tais “[...] pressupostos socioeconômicos e políticos”, inviabiliza-se a “efetivação da legislação penal em vigor” (NEVES, 2007, p.38).

Destarte, os sobreditos casos são excelentes expressões de respostas *legislativas simbólicas*, enquadráveis no gênero *legislação-álibi* (NEVES, 2007, p.39), que apenas dão *aparência* de solução a problemas sociais *profundos*, como as facções criminosas e o tráfico de entorpecentes, no Brasil.

### 3.2 LEGISLAÇÃO INSTRUMENTAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA COMO EXPRESSÃO INSTRUMENTAL DA ORDEM PUNITIVA

Por outro lado, a par da faceta simbólica já devidamente destacada, vê-se que o legislador pátrio, outrossim, sob as desmedidas *irritações* do *subsistema político brasileiro*, produz *diplomas penais* voltados a conferir maior eficácia social a outros estatutos jurídicos, como os pertinentes às disposições de ordem tributária, com nítido escopo de tutelar a *ampliação da arrecadação da receita pública tributária*.

Trata-se, aqui, da “crença instrumentalista [...]” da legislação (NEVES, 2007, p. 39)<sup>16</sup>, segundo a qual acredita-se que o sistema jurídico, por si só, é capaz de solucionar os *problemas sociais*, mesmo diante de todas as irritações dos demais subsistemas sociais.

Neste contexto, vislumbra-se o *movimento pendular legislativo* não mais no sentido de editar a legislação penal

para tutelar simbolicamente os *arroubos sociais*, mas, do-ravante, na vertente de produzir irritações de *caráter instrumental* no subsistema jurídico penal<sup>17</sup>.

Assim, oportunamente, elegeu-se a criminalização de bens jurídicos tributários (tutela do crédito tributário), postulando-se a *intimidação de posturas* que possam diminuir a *arrecadação de receita pública tributária*, através da edição da Lei n.º 8.137/1990.

Nesse estatuto penal, existem tipificações penais pertinentes aos *Crimes praticados por particulares* na Seção I; e, na Seção II, aos tipos definidos como *Crimes praticados por funcionários públicos*, em face das necessidades financeiras inerentes ao modelo do Estado Fiscal (*Steuerstaat*), nos dizeres de Luís Eduardo Schoueri (SCHOUERI, 2005, p. 1).

Neste sentido, as seguintes disposições legais denotam a faceta *instrumentalista* da Lei n.º 8.137/1990, ao prever punições de condutas que dificultem a arrecadação dos “recursos materiais alocados pelos cidadãos” (CORRÊA, 1996, p.1):

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

<sup>16</sup> NEVES, Marcelo. *Constitucionalização...*, p. 39. Marcelo Neves faz referência às lições de Kindermann, a respeito da *crença instrumentalista* da legislação simbólica, em nota de rodapé 189.

<sup>17</sup> NEVES, Marcelo. *Idem*, p. 39. A rigor, a legislação simbólica também é impregnada da crença instrumentalista. Mas, ressalte-se que o caráter simbólico é mais pernicioso, porquanto tenta “[...] dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador” (NEVES, 2007, p. 39).

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I): I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa; III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Dessa maneira, o problema é que tais bens jurídicos tutelados penalmente não possuem carga eficaz suficiente no seio da sociedade brasileira.

Assim, essa criminalização de *culpa instrumental* demonstra que o Estado brasileiro, "(...) lança mão da última técnica de controle social como demonstração de fracasso no que concerne em atender minimamente às suas pautas

de obrigações" (BERTOLUCI, 2004, p. 131), no sentido de *último esforço institucional garantidor da parca eficácia* da legislação tributária em vigor.

Desse modo, tem-se que apenas se tratam de medidas penais *instrumentais*, com mero escopo de intimidação das condutas lesivas à arrecadação e à fiscalização da receita pública tributária.

Destarte, a referida tutela penal ostenta caráter puramente *instrumental quanto à arrecadação de tributos*, de sorte que o *pagamento* leva à *extinção da punibilidade* do autor das sobreditas condutas tipificadas nos artigos 1º (crimes materiais)<sup>18</sup>, 2º (crimes formais) e 3º, da Lei n.º 8.137/1990, em razão do benefício outorgável *antes do recebimento da peça acusatória*, cuja previsão inicial estava no art.14, Lei 8.137/90 (mas, revogada pela Lei 8.383/91) e, posteriormente, restabelecida no art. 34, da Lei 9.249/95.

#### 4 CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

Em face das sobreditas considerações sistêmicas, demonstra-se a *hipótese* segundo a qual o legislador brasileiro produz diplomas penais, embalado por um *verdadeiro movimento pendular, de caráter simbólico-instrumental*.

Reage, simbolicamente, no instante que produz uma *resposta sancionadora*, destinada a arrefecer os ânimos fervorosos da *opinião pública insatisfeita*, proporcionando uma ilusória paz social.

Por outro lado, também introduz diplomas penais de *culpa instrumental*, buscando aumentar a *baixa carga eficaz* de direitos extrapenais, a exemplo dos *Crimes contra a Ordem Tributária*, sobremaneira, em razão do benefício de *extinção de punibilidade pelo pagamento de tributo ou de contribuições especiais*, outorgável antes do recebimento da peça acusatória (atualmente prevista no art. 34, da Lei 9.249/95).

Em síntese conclusiva, na esfera penal, o legislador brasileiro elabora estatutos penais, embalado por um *verdadeiro movimento pendular*, ora, de *caráter simbólico*, ora, de *culpa instrumental*, sob as desmedidas e nefastas irritações do subsistema político brasileiro.

<sup>18</sup> Neste sentido, v. súmula vinculante n.º 24 - Supremo Tribunal Federal

## REFERÊNCIAS

- AVELINE, Paulo Vieira. Crimes materiais contra a ordem tributária (lei n.º 8.137/1990, art. 1º): lançamento definitivo como condição para a sua consumação: crítica aos fundamentos da decisão proferida no julgamento do habeas corpus n.º 81.611-8/DF, **Revista AJUFERGS**, Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, n. 04, pp.249-280. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18229/Crimes\\_Materiais\\_Contra\\_a\\_Ordem\\_Tribut%C3%A1ria.pdf?sequence=2](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18229/Crimes_Materiais_Contra_a_Ordem_Tribut%C3%A1ria.pdf?sequence=2)> Acesso em: 1º abr. 2011, 22:30:15.
- AZEVEDO, Jackson C. de. **Reforma e “contra”- reforma penal no Brasil: uma ilusão...que sobrevive**. Florianópolis: OAB-SC editora, 1999.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. 4 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.
- BERTOLUCI, Marcelo Machado. et al. A incompatibilidade entre a criminalização do inadimplemento de tributos e o direito penal garantista. In: **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**, Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 24 Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CORRÊA, Antonio. **Dos crimes contra a ordem tributária (comentários à lei 8.137 de 27-12-1990)**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. 2 ed. São Paulo: Madras, 2005.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GIORGI, De Alessandro, Neoliberalismo e controle penal na europa e nos estados unidos: o caminho de uma democracia punitiva? Trad. Maria Lúcia Karam, **Revista Veredas do Direito**, Jun./Dez.2004, p.29-42.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, V. II, 2003.
- HÄUSSERMANN, Nikolai. Lernen als strukturelle Kopplung? Zur irritation des Erziehungssystems. In: **Erziehungswissenschaftliches Seminar**, Alemanha, 2005. Disponível em:<<http://www2.ibw.uni-heidelberg.de/~gerstner/Haeussermann.pdf>>Acesso em: 20 nov. 2010, 20:40:10.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**, 19 ed. São Paulo: 2010.
- HESAPANHA, António Manuel. **Caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**, Trad. Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- KUEHNE, Maurício. et al. Alterações à execução penal – primeiras impressões. In: **Reforma criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**, Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, v. 2.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I, Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito II**, Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARRA, Livia. et al. CCJ aprova projeto que define crime organizado e agrava pena. In: **Folha.com**, São Paulo/SP, 21 mar. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u133190.shtml>> Acesso em: 28 mar.2011, 18:01:15.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athenas, 2001.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**, trad. Geraldo Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofía del derecho moderna y contemporánea**, Trad. José Calvo González. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.