

## MODELO JURÍDICO E MODELO DOGMÁTICO

JOSÉ CARLOS TOSETI BARRUFINI  
Promotor Público

Diz o jurista Miguel Reale, na sua excelente obra "O Direito como Experiência", que "modelos jurídicos", são os que surgem na experiência jurídica como estruturação volitiva do sentido normativo dos fatos sociais; modelos do direito ou dogmáticos", são estruturas teóricas, referidas aos modelos jurídicos, cujo valor eles procuram captar e atualizar em sua plenitude. Em ambas as hipóteses, todavia, por mais que se distingam os objetivos que os põem in esse, há uma nota comum, que é a natureza operacional própria dos instrumentos de vida e convivência humana, governando tanto a intencionalidade volitiva dos modelos jurídicos, como a intencionalidade teórico-compreensiva dos modelos dogmáticos.

Ainda o grande jurista afirma que elaborar um modelo jurídico é, por conseguinte, um trabalho de aferição de dados da experiência para a determinação de um tipo de comportamento não só possível, mas considerado necessário à convivência humana. O autor também fala que nada mais contrário à idéia de modelo do que a de uma abstração não fundada no real concreto. Conceber os modelos jurídicos como puras abstrações, não permanentemente referidas à realidade que essencialmente expressam, redundaria em privá-los de uma de suas qualidades primordiais, que consiste em correlacionar o momento abstrativo da estatuição volitiva da regra como o dogmático de sua compreensão, permitindo seja superado o entendimento da Dogmática Jurídica em termos de mera aplicação prática.

A tipificação normativa não é, por conseguinte, uma obra cerebrina ou imaginosa, fruto de um querer arbitrário, mas sim o resultado de uma análise positiva de dados empíricos, análise essa que culmina sempre num ato decisório, na eleição de uma dentre duas ou mais soluções possíveis, tal como ser racionalmente qualificado em termos de conduta típica. O modelo normativo significa, desse modo, o resultado de uma "qualificação tipológica", isto é, de um ato abstrativo que pressupõe a existência de dados de fato e de valor suscetíveis de enquadramento pluriunitário.

Diante de tal conceituação, afigura-se-nos possível levantar;

### 1.ª QUESTÃO

1. Se para o autor elaborar um modelo jurídico é trabalho de aferição de dados da experiência para a determinação de um tipo de comportamento não só possível, mas considerado necessário à convivência humana, como explicar a existência no futuro Código Penal, do crime de sedução?

2. Sendo um delito que, devido às mudanças de nossa estrutura social, quase não encontra ressonância nos Tribunais e nas decisões dos

Juízes de 1.<sup>a</sup> instância, não estaria o modelo jurídico superado, isto é, fora de dados da experiência para a determinação de um tipo de comportamento necessário à convivência humana? A permanência da sedução entre os delitos contra os costumes, não estaria fora de uma análise positiva de dados empíricos?

3. Se a Política do Direito, como a Jurisprudência, não se contentam com a mera descrição dos comportamentos sociais, pois ambas visam a determinar o que neles pode e deve ser racionalmente qualificado em termos de conduta típica, a permanência do delito de sedução, representaria um modelo normativo com significação tipológica, isto é, de um ato abstrativo que pressupõe a existência de dados de fato e de valor, mesmo tendo em vista a quase inexistência de sua caracterização atual?

## 2.<sup>a</sup> QUESTÃO

O jurista Miguel Reale, no título "Natureza e Objeto da Ciência do Direito" afirma que como corrente técnico-jurídica ele designa todas as teorias que, de uma forma ou outra, coincidem na aceitação de que o Direito constitui uma realidade autônoma, irredutível à estudada pela Moral, pela Sociologia, ou por qualquer outra ciência do homem; que aquela realidade se distingue das demais por sua específica e primordial natureza normativa; que, por conseguinte, a Ciência Jurídica deve encontrar no âmbito de sua experiência mesma os seus critérios de validade ética, assim como metodológicos de natureza eminentemente lógico-dedutiva. As qualidades inerentes ao jurista seria a independência da realidade, do sentido e do método, quaisquer que possam ser as naturais correlações do Direito com outras expressões da vida social. Partindo disso, prevalece a convicção de que a Jurisprudência deve manter-se alheia a qualquer tipo de investigação de caráter axiológico, a fim de não ver comprometida a sua autonomia ou neutralidade científica. Foi — diz Miguel Reale o temor desta infiltração de "critérios subjetivos" no domínio da Ciência do Direito que levou os técnicos-jurídicos a uma extremada e rígida atitude metodológica, cega para o mundo dos valores.

É de se observar tal orientação que se expressa de maneira mais coerente e rigorosa na Teoria do direito puro de Hans Kelsen, que representa um estudo rigoroso no sentido de salvaguardar o saber do jurista como saber autônomo, por isso mesmo que a doutrina de Kelsen é a doutrina tradicional do positivismo jurídico, depurada dos elementos metajurídicos que a contaminavam e com mais rigorosa colocação teórica de seus pressupostos. O que dá colorido próprio à corrente técnico-jurídica é o corte radical feito entre a tarefa da Legislação e a da Jurisprudência ou Ciência do Direito, reservada esta exclusivamente à fase pós-legislativa, para a interpretação e a sistematização do direito posto, ou positivo, abstração feita tanto de suas causas ou fatores econômico-sociais, como de suas exigências ou fins ético-políticos.

Diante de tal conceituação, formulamos a seguinte questão:

1. Prevalecendo a convicção desta ausência de critérios subjetivos, cega para o mundo de valores, no domínio da Ciência do Direito, como explicar o problema da **lei penal em branco**, modalidade que, pela

sua progressiva adoção, assume uma importância que de certo modo cerceia o império do princípio **nullum crimen**? A complementação da norma penal exige por vezes tão intrincadas averiguações para positivar-se a existência ou não do crime, que, difícil se torna explicar esta ausência de critérios subjetivos!

2. Assim por exemplo, o artigo 269 do Código Penal — deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória — depende as doenças desse gênero de regulamentos e atos administrativos, isto é, **norma penal em branco**, porque a lei penal ao conceituar a infração, reporta-se a textos extrapenais, em vigor ou porvindouros, de cujo conteúdo ficam a depender os contornos e a própria existência da figura delituosa. Figure-se a hipótese de, após instaurar-se processo contra um médico, por omissão de denúncia de doença tida como contagiosa, a contramarcha dos responsáveis pela saúde pública, dando como certo que o mal, antes temido, não é suscetível de contágio. Haveria de continuar-se a punir o acusado? Segundo a teoria técnico-jurídica, como explicar as novas circunstâncias fáticas ou novas exigências que dão novo sentido atual ao "corpo autônomo das normas"?

3. Diante do problema levantado da norma penal em branco, não estaria correta a afirmação dos tratadistas Arturo Roco, Manzini e Massari, de que não é, de maneira alguma condenável a observação da realidade social e dos fins da convivência quando da feitura das normas?

4. Para melhor explicar o problema da norma penal em branco, não estaria mais consentânea a teoria defendida por Alf Ross, Duguit, Ehrlich ou Olivecrona, de que o direito é, antes de mais nada, fato social, realidade psicológica e social em perene transformação, de modo que as normas não subsistem, nem são possíveis, sem a realidade, levando-se em conta que não há juristas puros e tão-somente juristas-sociólogos?

## 3.<sup>a</sup> QUESTÃO

Miguel Reale no seu livro e capítulo "Problemática do Dogma Jurídico", afirma que como observa Karl Engisch, os comandos e proibições do direito têm as suas raízes nas chamadas normas de valoração, mas a valoração só se torna genuína regra jurídica ao armar-se com um imperativo. Reconhece Engisch que as normas jurídicas são, no seu conteúdo essencial, imperativos, mas, acentuo eu, diz Reale, imperativos de natureza axiológica, insuscetíveis de serem reduzidas a meras manifestações de vontade, pois estas pressupõem sempre um plexo de valorações que condiciona as decisões do legislador.

Kelsen afirma que as normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos, e, como tais, comandos, imperativos. Ele distingue normas jurídicas de proposições jurídicas, dizendo que estas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica — nacional ou internacional — dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, e que devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas.

Partindo de tais considerações, levantamos a seguinte questão: como enquadrar o conceito de funcionário público, como sujeito ativo de crimes contra a administração em geral, segundo o que dispõe o artigo 327 do Código Penal: Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

1. Trata-se de uma proposição jurídica?  
apenas uma norma de valoração?

2. Como não há qualquer imperativo no conceito, não seria apenas uma norma de valoração?

3. Dentro do Código Penal, o artigo 327, não seria uma redundância, principalmente considerarmos que o legislador procura evitar definições?

4. Partindo do pressuposto de que de certa forma as normas penais, mesmo as permissivas “são imperativas” porque se bem que não contenham de maneira própria e real, a ordem ou comando, delimitam a extensão e eficácia das normas incriminadoras, contribuindo para determinar o respectivo preceito, seria o artigo 327 do Código Penal uma norma prescritiva desse tipo?

5. Poder-se-ia falar em norma final complementar, no caso do artigo 327 do Código Penal, desde que se compreenda como tal aquela que estatui sobre certas condições relativas à aplicação das normas incriminadoras?

6. Estaria correto o enquadramento como proposição jurídica segundo o que afirma Kelsen de que “na medida, porém, em que as normas jurídicas são expressas em linguagem, isto é, em palavras e proposições, podem elas aparecer sob a forma de enunciados do mesmo tipo daqueles através dos quais se constatam fatos. A norma, portanto, é formulada pelo legislador segundo uma proposição, sendo que o autor da Teoria Pura distingue como diferença fundamental no sentido do ato produtor de Direito, do ato que põe a norma.