



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**TUTELA PENAL ECONÔMICA:** aplicabilidade do princípio da lesividade/ofensividade face ao art. 7º, II da lei 8.137/90 como garantia ao estado democrático e social de direito.

**LÚCIO LUIZ IZIDRO DA SILVA**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

Recife  
2013

**LÚCIO LUIZ IZIDRO DA SILVA**

**TUTELA PENAL ECONÔMICA:** aplicabilidade do princípio da lesividade/  
ofensividade face ao art. 7º, II da lei 8.137/90 como garantia ao estado  
democrático e social de direito.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Faculdade de Direito do  
Recife / Centro de ciências Jurídicas da universidade  
Federal de Pernambuco como requisito parcial para  
obtenção do grau de Mestre em Direito

Recife  
2013

Catálogo na fonte  
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

S586t

Silva, Lúcio Luiz Izidro da

Tutela penal econômica: aplicabilidade do princípio da lesividade /  
ofensividade face ao art. 7º, II da lei 8.137/90 como garantia ao estado  
democrático e social de direito / Lúcio Luiz Izidro da Silva. – Recife: O Autor, 2013.  
187 folhas.

Orientador: Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito,  
2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito constitucional - Brasil - Interpretação e construção. 2. Brasil. [Lei n.  
8.137, de 27 de dezembro de 1990] - Art. 7º, II. 3. Estado de direito - Brasil. 4.  
Direito penal econômico - Brasil. 5. Direito penal - Brasil. 6. Art. 7º, II da Lei  
Federal 8.137/90 - Constitucional - Inconstitucional - Interpretação. I. Freitas,  
Ricardo de Brito Albuquerque Pontes (Orientador). II. Título.

345.8105 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2013-019)

Lúcio Luiz Izidro da Silva

**TUTELA PENAL ECONÔMICA:** aplicabilidade do princípio da lesividade/ ofensividade face ao art. 7º, II da lei 8.137/90 como garantia ao estado democrático e social de direito.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de ciências Jurídicas da universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito.

Linha de pesquisa: Tutela penal dos bens jurídicos e teoria da sanção penal.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão, Dr. UFPE.

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Margarida de Oliveira Cantarelli, Dr. UFPE.

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira, Examinador externo.

Julgamento \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

MENÇÃO GERAL: \_\_\_\_\_

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Aos meus pais, Rubenício e Graça, que me ensinaram desde cedo à importância de que todo conhecimento é insuficiente; à nova geração da nossa família, de forma especial a minha doce e amada filha Maria Luiza (malu) que antes de saber teoricamente o que significa democracia, na prática já exercitava por tantas vezes ter que dividir seu tempo e espaço com essa egoísta e voluntariosa Ciência Jurídica. Como incentivo e demonstração de que a busca pelo conhecimento a partir do processo educacional é um calvário, verdadeira *via crucis* onde há raros Cireneus, mas vale todo sacrifício, tão somente pelo desenvolvimento do saber.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus sempre e por todas as razões, a quem honro e glorifico;

Aos meus pais Rubenício Izidro e Graça Costa assim como ao meu irmão Rubenício Júnior, pelo amor incondicional e por sempre contar com o apoio nas horas de extrema dificuldade, fazendo-me acreditar que era e sou capaz de transpô-las;

A Luciellen Camêlo pelo apoio a este projeto, sobretudo na parte metodológica, além da sua compreensão, substituindo-me, nas ausências, na tarefa de educar nossa filha;

Aos meus queridos mestres, Professores do saber jurídico e da vida: Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas e Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão com os quais tive acesso e motivação na busca incessante pelo saber jurídico-penal;

Ao amigo Ivan Luiz da Silva que na hora certa incentivou o projeto que ora concluo, sobretudo, deixando a disposição seu acervo pessoal. Assim como ao amigo Hugo Leonardo que gentil e inteligentemente colaborou na construção deste trabalho;

A todos os funcionários da secretária, na pessoa da Carminha, ilustre e dedicada secretária, que desde o primeiro contato tem nos orientado no cumprimento das regras regimentais desta IES.

A Universidade Estadual de Alagoas, de forma especial aos professores colegas do Curso de Direito que em sua maioria me apoiaram irrestritamente na busca pela ampliação do conhecimento jurídico, assim como aos meus alunos que vibraram com mais uma conquista;

Por fim, agradeço também a Ordem dos Advogados do Brasil seccional de Alagoas que licenciou-me das atividades de conselheiro seccional, entendendo e incentivando na busca de mais conhecimentos científicos para solidificação da carreira jurídica e, via de consequência, ratificar a boa qualidade dos profissionais que compõem os quadros desta instituição que ao longo da história do Brasil tem sido essencial na busca intransigente de justiça, de paz e igualdade em sociedade.

## RESUMO

SILVA, Lúcio Luiz Izidro. TUTELA PENAL ECONÔMICA: Aplicabilidade do Princípio da lesividade/ ofensividade face ao art. 7º, II da lei 8.137/90 como garantia ao Estado Democrático e Social de Direito. 2012. 188 f. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

Esta dissertação é de caráter multi e interdisciplinar e tem como objetivo investigar a aplicação do Princípio da Lesividade/ ofensividade face ao art. 7º, II, da Lei Federal 8.137/90 e sua harmonização constitucional com base no Estado Democrático e Social de Direito. Para tanto, investigou-se o desenvolvimento jusfilosófico da dogmática penal clássica e econômica apontando seus protagonistas principais e respectivas colaborações para o desenvolvimento da ciência jurídico penal, assim como os aspectos mais controvertidos na harmonização do Direito Penal clássico e a Tutela Penal Econômica. Em seguida, analisou-se os princípios da Lesividade/ ofensividade e Estado Democrático e Social de Direito buscando verificar a (in)constitucionalidade do dispositivo da Lei Federal conforme o mecanismo de interpretação e aplicação dos mesmos. Foi, também, objeto do presente estudo a problemática dos crimes de perigo abstrato e concreto face ao Princípio da lesividade/ ofensividade. Não passou despercebido do referido estudo algumas questões terminológicas dos denominado princípios e suas possíveis consequências. Utilizou-se como metodologia uma revisão dogmática no que pertine aos aspectos controvertidos entre a ciência penal clássica e a tutela penal econômica verificando sempre que possível a harmonização entre o gênero e a espécie com objetivo de ultrapassar os possíveis pontos de colisão. Enfim, a conclusão que se chegou foi que o dispositivo (art. 7º, II da Lei Federal 8.137/90) tanto pode ser constitucional quanto inconstitucional a depender da interpretação que se dê ao mesmo diante do caso concreto.

Palavras-Chave: Tutela Penal Econômica. Princípio da Lesividade/ ofensividade. Estado Democrático e Social de Direito. (In)constitucionalidade.

## **ABSTRACT**

SILVA, Lúcio Luiz Izidro. ECONOMIC CRIMINAL PROTECTION: The applicability of the principle of offensivity (harm principle) in relation to article 7th of law number 8.137/90, as a guarantee to the Social and Democratic State of Law.

This dissertation has a purpose to scrutinize and reconnoiter the employment of the principle of offensivity (harm principle) as related to the article 7, II, of Brazilian Federal Law n. 8.137/90 and its constitutional character based on the Social and Democratic State of Law. Consequently, the juridical philosophical development of classic and economical penal dogmatic was researched, pointing out its foremost protagonists and their respective exertion to the development of the legal criminal science, in addition to unveiling the most controverted aspects of the collision between Classic Criminal Law and the Economic Criminal Protection. Furthermore, the principles of offensivity and the Democratic and Social State of Law were dissected in quest of attest to the (un)constitutionality of the quoted article of that Brazilian Federal Law in conformation with their mechanism of interpretation and application. The quandary regarding crimes of abstract and concrete danger in face of the principle of offensivity (harm principle) was correspondingly endeavored in the present analysis. Nevertheless, some major terminological questions of the cited principles and its possible consequences were not set aside. A dogmatic review methodology was employed vis-à-vis the controverted aspects between classical criminal science and economic criminal protection verifying, as much as possible, the gender specie relation with the purpose of overcoming possible colliding points. Finally, we came to the conclusion that the alleged legal provision (article 7, II of the Federal Law n. 8.137/90) may as well be considered constitutional of even unconstitutional regardless of the interpretation provided by the fastidiousness of the concrete state of affairs.

Keywords: Economic Criminal Protection. Principle of Offensivity. Harm Principle. Democratic and Social State of Law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
------------------	----

### PARTE I

#### PRINCIPIOLOGIA

<b>Capítulo 1 - APLICABILIDADE PRINCIPIOLÓGICA .....</b>	<b>17</b>
1.1 Aspectos propedêuticos da principiologia .....	17
1.1.1 Direito constitucional como <i>lex fundamentalis</i> do sistema jurídico .....	18
1.1.2 Questões terminológicas: princípio constitucional penal e princípio penal constitucional. .....	24
1.2 Estado democrático e social de direito: do absolutismo aos desdobramentos do estado de direito .....	25
1.3 Princípio da lesividade/ ofensividade: questões terminológicas, conceituais e aplicabilidade .....	34

### PARTE 2

#### DOGMÁTICA PENAL

<b>CAPÍTULO 2 – MARCHA E CONTRAMARCHA DOS ASPECTOS HISTÓRICOS E JUSFILOSÓFICOS DA DOGMÁTICA PENAL CLASSICA AO DESEMBOQUE NA TUTELA PENAL ECONÔMICA .....</b>	<b>42</b>
2.1 Precedentes históricos e jusfilosóficos da dogmática penal clássica: perspectivas quanto aos principais expoentes que contribuíram para formação das bases científicas do bem jurídico, da tipicidade e do tipo penal .....	45
2.1.1 Feuerbach e Birnbaum: do direito subjetivo ao bem jurídico fundamentados no princípio da legalidade .....	57
2.1.2 Merkel e Binding: <i>Tatbestand</i> – elementos negativos da tipicidade – mutação de <i>Schuld</i> para culpabilidade .....	62
2.1.3 Beling e Liszt: mutação do <i>Tatbestand</i> para tipicidade a formação da teoria causalista da ação .....	72
2.1.4 Mezger, Mayer, Frank, Zu Dhona, Freudenthal e Goldschmidt: aspectos fundamentais da dogmática penal quanto ao neokantismo .....	81
2.1.5 Hans Welzel: concepção finalista do crime e seus aspectos estruturais .....	86

2.1.6 Pós Welzel: propedêutica pós-finalista .....	102
2.2 Panorama histórico e jusfilosófico da dogmática penal econômica .....	105
2.2.1 Controvérsia quanto à existência e autonomia da dogmática penal econômica .....	107
2.2.2 Técnica legislativa aplicada à tutela penal econômica .....	120
2.2.3 Aspectos históricos e jusfilosóficos da lei 8.137/90 .....	137
2.2.3.1 Metodologia legislativa .....	137

### **PARTE III**

#### **ASPECTOS DA TUTELA DE CONSUMO NA LEI 8.137/90**

<b>CAPÍTULO 3 – TUTELA PENAL DA LEI 8.137/90 .....</b>	<b>140</b>
3.1 Abertura do tipo penal como mecanismo de compatibilidade do Direito Penal Econômico . .....	140
3.1.1 Norma penal em branco como forma de abertura do tipo penal face ao art. 7º, II, primeira parte da lei 8.137/90 .....	145
3.1.2 Crime de perigo como forma de abertura do tipo penal face a tutela penal do art. 7º, inciso II da lei 8.137/90 .....	147

### **PARTE IV**

#### **SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL**

<b>CAPÍTULO 4 – SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL COMO BALIZA A TUTELA PENAL DA LEI 8.137/90 .....</b>	<b>159</b>
4.1 Aplicabilidade do art. 7º, II (primeira parte), da lei 8.137/90 face a constituição federal da república do Brasil de 1988 .....	159
4.1.1 Interpretação constitucional do art. 7º, II (primeira parte) da lei 8.137/90 .....	162
4.1.2 Aplicabilidade do princípio da ofensividade/lesividade de acordo com os postulados do estado democrático e social de direito .....	165

<b>CONCLUSÕES: COMPATIBILIDADE DA TUTELA PENAL DO ART. 7º, II (PRIMEIRA PARTE) DA LEI 8.137/90 COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA DO BRASIL DE 1988 .....</b>	<b>167</b>
--	------------

<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>174</b>
--------------------------	------------

## INTRODUÇÃO

“A mente que se abre a uma nova ideia jamais voltará ao tamanho original”.

Albert Einstein.

A história do Direito Penal se confunde com a história do Direito e esta se confunde com a própria história do homem em sociedade. A evolução da sociedade exigiu e continua exigindo nas suas várias facetas a mudança do Direito Penal, que desafia ao longo dos séculos os homens a pensar no saber jurídico-penal capaz de suprir as necessidades exigidas para cada sociedade.

Dos tempos primitivos até os dias atuais o Direito Penal faz parte do cotidiano dos seres humanos pondo limites ao arbítrio dos homens e do próprio Estado. Esta evolução vem ocorrendo numa dinâmica de marcha e contramarcha dogmática e jusfilosófica.

O Estado Liberal marcou de forma significativa o modo de como pensar, sistematizar e aplicar o Direito Penal. Das muitas mudanças registradas nos anais da história penal, nenhuma foi tão sentida quanto a que representou o movimento de vanguarda do iluminismo, onde se começou estudar com profundidade o bem jurídico-penal, o tipo penal e a tipicidade penal, com base nos postulados da igualdade, da liberdade e da fraternidade, cujo reflexo foi à evidenciação do princípio da legalidade por Feuerbach (1801).

É verdade que o Estado Liberal foi o berço da moderna ciência jurídico-penal, também é igualmente verdadeiro que foi o marco histórico da ciência jurídico-constitucional. As mesmas necessidades e exigências sociais que motivaram a cientificidade do Direito Penal, também justificaram a criação da novel disciplina constitucional. Entrementes, do Estado Absolutista ao Estado Liberal emergiu o Estado de Direito e este se qualifica num primeiro momento em Estado Social e *a posteriori* em Estado Democrático. Alerta-se no sentido de que tal ordem não seja vislumbrada de forma simplista, pois, como se trata de curso histórico são legítimas as imbricações. Para além, tem-se as dimensões que demonstram como enxergar as ditas nomenclaturas em outro plano.

Ninguém, absolutamente, olvida que o Direito Constitucional hodiernamente, nos modelos ocidentais, está hierarquicamente disposto no ápice do sistema jurídico, irradiando

sobre o mesmo seus efeitos e limitando o modo de como pensar, criar e aplicar as disciplinas a ele submetido. Quanto a esta regra não há exceção, pelo menos no sistema jurídico pátrio, pondo em xeque a máxima de que “toda regra tem exceção para se confirmar a primeira”, destarte, o Direito Penal deve guardar relação de simetria com o Direito Constitucional. Porém, é de bom alvitre esclarecer, nesta propedêutica, que a relação existente entre as ciências em apreço vão além da referida hierarquia. Como já tratado acima, há uma identidade ontológica fundada nas exigências do Estado Liberal que de um lado dá cientificidade ao Direito Penal, cujo germén vem dos romanos, e do outro lado faz surgir à nova ciência jurídico-constitucional. Por tal razão este trabalho terá como proposta um diálogo permanente entre as ciências, confirmando seu caráter multi/ interdisciplinar.

A dobra das páginas históricas se fez e nesta dinâmica aportamos nas duas Grandes Guerras Mundiais (Século XX) que com suas respectivas crises passaram a exigir do Estado a classificação e criação (ou reconhecimento) de novos bens jurídico-penais, a partir de sujeitos com novas características, confirmando a tese da “evolução” social e consequente exigência de mudança dos paradigmas penais.

As novas necessidades provenientes da chamada sociedade de risco, conforme denomina Ulrich Beck, fez com que o Poder Legislativo tutelasse cada vez mais as condutas submetendo-as ao Direito Penal.

Dentre tantas mudanças uma em especial tem provocado desconforto e calorosas discussões na doutrina penal estrangeira e nacional. Tal transformação que nos referimos diz respeito ao direito supraindividual, que necessita de bem jurídico-penal transindividual em razão da qualidade dos novos protagonistas penais, que são sujeitos indeterminados ou determináveis.

O campo penal que apenas se ocupava com bens jurídico-penais individuais, a partir das Grandes Guerras mundiais vem sofrendo significativa ramificação até então inexistentes, v.g., Direito ambiental, Direito financeiro/ econômico/ tributário, Direito do consumidor etc..

Com intuito de nos inserirmos nesta universal discussão é que resolvemos tratar da tutela penal na relação de consumo, com base no Estado Democrático e Social de Direito e o princípio da lesividade/ ofensividade. A relevância do tema encontra justificativa à medida que vivemos numa sociedade de consumo, ou seja, numa sociedade capitalista, onde o ganho tudo justifica. Como todo mecanismo de produção, circulação e distribuição de riqueza supõe

a ideia de ganho, como todo ganho pressupõe risco, e risco tem a ver com futuro e o mesmo com sujeito indeterminado, por este caminho se insere o objeto do presente estudo.

No Brasil a delimitação desta tutela encontra amparo constitucional, em vários dispositivos, assim como, *e.g.*, no plano infraconstitucional a prevista Lei 8.137/90, que cuida em tutelar, entre outros bens jurídicos, a relação de consumo. É com base nesta lei e com mais precisão na primeira parte, do inciso II, do art. 7º, que se estudará a aplicabilidade do princípio da lesividade/ ofensividade tendo como postulado constitucional o Estado Democrático e Social de Direito.

Conforme o anunciado *en passant* no parágrafo anterior o que se cuidará neste estudo é da tutela penal da relação de consumo, todavia urge esclarecer neste intróito que trataremos a miude do específico problema: é possível criminalizar, apenas por subsunção formal, a exposição e venda de mercadoria em desacordo a determinação legal, conforme o que preceitua a primeira parte, do inciso II, do art. 7º, da lei 8.137/90, sem que haja um juízo criterioso do princípio da lesividade/ ofensividade fulcrado no Estado Democrático e Social de Direito?

Um método é um cânone, logo é algo a ser seguido. Não se pode, para considerar um trabalho científico, alijar-se do método. Sendo assim, é preciso ir do geral para o particular. Daí a necessidade de dividir o presente trabalho em capítulos e cada um deles significa um objetivo específico.

Por fim, os objetivos específicos também devem atender ao método. Neste caso começaremos com os objetivos específicos mais gerais para chegarmos aos mais particulares. Estudaremos, conforme orientação epistemológica, do mais amplo (geral) para o mais restrito (específico). Desta forma, apresentamos mais uma vez a **hipótese geral** - expor ou colocar a venda mercadoria com embalagem em desacordo a determinação legal é, em tese, crime, albergado formalmente pelo inciso II, do art. 7º, da lei 8.1137/90. A partir desta partícula do supracitado dispositivo surge a seguinte **pergunta de pesquisa**: a tipicidade formal do dispositivo, sem considerar os casos *in concreto*, fere o Estado Democrático e Social de Direito, quando não há lesão/ ofensa ao bem jurídico penal?

Trata-se de uma investigação que *ab initio* analisará aspectos dogmáticos e jusfilosóficos do Direito Penal Clássico e, sobretudo, do Direito Penal Econômico. Para tanto, tomamos como ponto de partida o berço histórico do Direito ocidental, neste caso o Direito Romano, mesmo ciente que os romanos foram gigantes na elaboração dos dogmas do Direito

Civil, mas, pigmeus no Direito Penal, exceto pelo modo de executar as penas e pelo germen do que hodiernamente se encontra bem elaborado: o dolo e a culpa.

Como já tratamos no início, o Estado Liberal, fincado no fim da Idade Média, marcou de forma determinante a história da humanidade, sobremaneira como enxergar e aplicar a tutela penal. Não é por acaso que a partir de então o Direito Penal passa a ser estudado como uma ciência e deste momento para frente desenvolve e cria seus dogmas com base nos ideais iluministas que tem como centro de gravidade o homem, o indivíduo determinado. Assim sendo, qualquer pesquisa científica que demande analisar o Direito Penal deve guardar um espaço significativo para tal marco histórico, dogmático e jusfilosófico. Aqui não fugiremos a talre comendação.

Com o fito de analisar a dogmática penal econômica, o segundo marco histórico do nosso trabalho foram as duas Grandes Guerras Mundiais que, pensada ou impensadamente, provocaram um giro no modo de enxergar o sujeito protagonista social (sujeito indeterminado ou determinável), e, a partir de então, demandam suprimento de novas exigências, que são em muitos casos diametralmente opostas as necessidades correntes do Estado Liberal. Com o giro social o dito Direito deve (ou deveria) acompanhar a dinâmica, porém como conciliar as exigências de mudança da citada ciência com as garantias forjadas ao longo da história da mesma? Eis a questão, eis o gargalo, eis o *topoi*!

Evidenciará neste estudo o postulado constitucional do Estado Democrático e Social de Direito, assim como o princípio decorrente, implícito, constitucional penal da lesividade/ofensividade. A hipótese geral do presente trabalho demandará uma análise crítica e a mesma significa uma metalinguagem em face da análise, logo, ao se tratar de um estudo de comparação crítica se terá uma análise para se decompor os elementos sob o objeto da investigação, sendo assim, far-se-á uma metalinguagem em face de tais elementos.

Sem perder de vista o objetivo geral, ou seja, a conectividade pretendida com os objetivos específicos para dá resposta ao primeiro questionamento (“o que?”) e sabendo ser tal resposta o tema a ser estudado é que chamamos para dialogar o postulado constitucional do Estado Democrático e social de Direito e o princípio da lesividade/ ofensividade.

Considerando que o que faz original um trabalho científico, entre outras formas, é a comparação crítica de objetos. E a crítica, em si mesma, não leva a originalidade, mesmo sendo apresentada como metalinguagem em face de uma análise; e, considerando ainda que os temas delimitados geram objetos, portanto, neste diapasão, delimitamos os referidos temas

que geraram os objetos e que vão do mais geral para o mais específico, com seguinte ordem metodológica: o trabalho está dividido em quatro capítulos distribuídos pelas partes de forma lógica e cronológica de acordo com as necessidades e recomendações epistemológicas.

Conforme taxilogia acima, seguiremos a seguinte delimitação dos objetos: O primeiro capítulo – analisaremos a dimensão principiológica que envolve a controvérsia do princípio da lesividade/ ofensividade face ao Estado Democrático e Social de Direito. Neste capítulo nos ocuparemos em ressaltar os aspectos dogmáticos e terminológicas da carga principiológica que servirá como parâmetro para um diálogo pretendido na primeira parte do inciso II, do art. 7º, da Lei Federal 8.137/90.

Partiremos do pressuposto de que nosso sistema jurídico é piramidal, sendo assim o Direito Constitucional, como *lex fundamentalis*, encontra-se no ápice deste sistema, logo nossa primeira abordagem, por uma questão de simetria constitucional, imperiosamente é neste sentido. A partir desta ideia surgem questões terminológicas pontuais, v.g., Direito Constitucional Penal ou Direito Penal constitucional. Para além, entendemos ser este o momento adequado para ser apresentado o desdobramento jusfilosófico do Estado Democrático e Social de Direito, tomando como marco histórico inicial o absolutismo até desembocar nos dias presentes.

O princípio da lesividade/ ofensividade terá posição destacada neste trabalho, por esta razão, *ab initio*, serão abordadas as bases propedêuticas, cujo objetivo é municiar o leitor quanto as questões terminológicas, conceituais a aplicabilidade. O que servirá de base para o dialogo mais adiante quando da abordagem da Lei Federal 8.137/90. Dito de outra forma, neste primeiro capítulo cuidaremos apenas em oferecer as definições premabulares no sentido de sedimentar na mente do leitor conceitos e terminologias que serão francamente utilizadas nos capítulos que cuidam de forma específica da Lei Federal 8.137/90.

No segundo capítulo estudaremos as marchas e contramarchas dos aspectos históricos e jusfilosóficos da dogmática penal clássica até desembocar na tutela penal econômica apontando os pontos mais relevantes quanto ao bem jurídico, tipicidade e tipo penal. Consideraremos para tanto alguns incontestáveis ícones que colaboraram para este desenvolvimento, v.g., Feuerbach e Birnbaum; Merkel e Binding; Beling e Liszt; Mezger, Mayer, Frank, zu Dhona, Freudenthal, Goldschmidt; Welzel e alguns autores pós-Welzel.

Servirão para o estudo da tutela penal econômica da Lei Federal 8.137/90 os seguintes aspectos históricos e jusfilosóficos: a) Panorama social, importantíssimo como uma espécie de

bussola para o leitor, situando-o no espaço e ambiente que fundamentam as exigências de mudanças metodológicas na ciência jurídico penal; b) Dogmática penal econômica, como segundo momento deste capítulo, apresentará, de igual e importante forma, quais os gargalos que precisarão ser enfrentados para o giro metodológico pretendido, mas, sobretudo necessário; c) Controvérsia quanto à existência e autonomia, a partir deste ponto começaremos o enfrentamento dos gargalos que demandam mudanças; d) na sequência estudar-se-a a técnica legislativa aplicada para tutela penal econômica, para abertura do tipo penal; e) Por fim, serão apresentadas as bases históricas e jusfilosóficas específicas da tutela penal lei 8.137/90, assim como, toda metodologia legislativa empregada na formação desta Lei Federal.

No terceiro capítulo estudaremos de forma específica os aspectos dogmáticos da Lei Federal 8.137/90 e para tal fim consideraremos de forma especial a norma penal em branco e os crime de perigo (abstrato e concreto). Tais aspectos dogmáticos passam pela abertura do tipo penal na utilização das técnicas da norma penal em branco e os crimes de perigo abstrato para vencer o possível estrangulamento da lei face ao princípio da legalidade e consequente taxatividade.

Já no quarto capítulo nos dedicaremos em estudar a aplicabilidade do art. 7º, II da Lei 8.137/90 em face da Constituição Federal brasileira vigente. Destarte, consideraremos a constitucionalidade do inciso II, do art. 7º, da Lei 8.137/90 com base na aplicabilidade da carga principiológica (Constitucional e Constitucional Penal). Nesta quadratura do nosso trabalho o objetivo é demonstrar a constitucionalidade do dispositivo a partir de uma dada interpretação feita a tipicidade, com base nos casos *in concreto*.

Conforme o que tratamos acima, acreditamos que o fio condutor de todo este diálogo, indubitavelmente, é o póstulado do Estado Democrático e Social de Direito e o princípio da lesividade/ ofensividade, como consectário implícito do primeiro, que exige uma postura diferente do Direito Penal, não se conformando apenas com a simples subsunção formal, ou seja, procurando perceber na riqueza do cotidiano a efetiva lesão a bem jurídico penalmente relevante e que seja capaz de albergar a subsunção material.

Necessário, ao nosso sentir, que se façamos uma incursão na história jusfilosófica da dogmática penal até chegarmos aos pontos de estrangulamento do Direito Penal Econômico. Tal necessidade se justifica à medida que apresentaremos o panorama das dificuldades enfrentadas na dogmática penal clássica assim como na penal econômica. Enfim, o que

realmente se pretenderá é subsidiar o leitor quanto aos pontos mais relevantes e com grau de dificuldade para uma simetria entre o gênero (Direito Penal Clássico) e a espécie (Direito Penal Econômico), como já dissemos é *o topoi*.

Outro ponto importante é a atual conjuntura constitucional que tem como postulado norteador o Estado Democrático e Social de Direito. Sendo assim, o Direito Penal que hierarquicamente se submete aos princípios e preceitos constitucionais não pode assimetricamente se posicionar de forma diversa. A simplista e pobre subsunção formal atenta contra o referido Estado de Direito.

Os aspectos relevantes da dogmática penal econômica, de forma mais precisa a primeira parte do inciso II, do art. 7º, da Lei Federal 8.137/90 será o alvo do nosso estudo, portanto a problematização se encontra fincada no respectivo dispositivo, logo, mais do que coerente um capítulo para estudar seus aspectos dogmáticos e servirão de suporte para a discussão quanto (in) constitucionalidade do supracitado dispositivo. Toda problemática a se apresentar tem um viés constitucional penal, desta forma será plausível questionar quanto à supremacia da ordem constitucional na interpretação e aplicabilidade desta legislação.

Enfim, acreditamos que este estudo contribuirá para o desenvolvimento da ciência penal à medida que lança mão da retórica e proteção dos bens jurídicos penais a partir de uma revisão bibliográfica da dogmática penal clássica e econômica em interdisciplina com o Direito Constitucional, usando como técnica metodológica a metalinguagem em face dos elementos delimitados. Para além desta contribuição, entendemos que fomentar a discussão quanto aos elementos de abertura do tipo penal (neste estudo temos: norma penal em branco e crime de perigo – abstrato) colaborará para a marcha positiva da ciência penal à medida que se vislumbrará uma simbiose entre os postulados do Direito Penal clássico e seu novel ramo, ou seja, o Direito Penal Econômico, com o intuito de atender as atuais exigências da sociedade de risco, com sujeitos e bens jurídicos supraindividuais.

## PARTE I

### PRINCIPIOLOGIA

#### Capítulo 1 – APLICABILIDADE PRINCIPIOLÓGICA

“A dúvida é o princípio da sabedoria”.

Aristóteles.

##### 1.1 Aspectos propedêuticos da principiologia

A questão principiológica é fundamental para compreensão do objeto, que neste estudo é o art. 7º, inciso II da Lei Federal 8.137/90, uma vez que a crítica constitucional a citada lei, em primeiro momento, é feita a partir do princípio constitucional da legalidade, do qual decorre o princípio da taxatividade. A esta linha preliminar que questiona o dispositivo em apreço se insere também uma segunda análise crítica fundada no princípio da lesividade/ofensividade com supedâneo no Estado Democrático e Social de Direito. O grande desafio a ser enfrentado neste estudo consiste em duvidar se é possível legitimar o exercício de força estatal mediante aplicação de preceito secundário pela simples subsunção formal? Pormenorizando, temos de um lado uma espécie legislativa que apresenta um tipo penal de perigo e no outro lado a Constituição Federal que traz como direito e garantia fundamental os princípios da legalidade, da taxatividade e da lesividade/ofensividade, além dos postulados do Estado Democrático e Social de Direito, que servem como baliza limitadora na formação dos tipos penais e, de igual forma, como orientadora na interpretação da lei penal do nosso sistema jurídico.

O tipo penal a ser estudado descreve a conduta de expor ao consumidor mercadoria cuja embalagem esteja em desacordo a determinações legais, *v.g.*, uma lata feijoadada amassada e colocada em uma prateleira de supermercado para ser vendida, de fato tal conduta descrita, formalmente, se enquadra na hipótese legal, mas uma perscrutação pode revelar facilmente que o conteúdo alimentar não se encontra impróprio para o consumo, logo a integridade física ou a vida do consumidor não corre qualquer risco, sendo assim, não ocorre a subsunção

material, mais uma vez a dúvida é latente: o tipo penal que visa proteger o consumidor, neste caso específico a integridade física e a vida do hipossuficiente, foi violado, mesmo ciente que o conteúdo está próprio para o consumo?

Para responder a tal questionamento lança-se mão, neste estudo, dos supracitados princípios, logo é fundamental que tenhamos noção, ainda que propedêutica, de como se define, como se interpreta e qual o grau de importância tem um princípio para o sistema jurídico pátrio. Para além, outro ponto que é questionado é o papel da ciência penal diante do Estado Democrático e Social de Direito, dito de outra forma, a atual exigência constitucional admite a possibilidade de invadir a esfera de liberdade do cidadão mediante a subsunção formal e não material?

O presente capítulo se justifica a medida que dá suporte para o diálogo estabelecido entre os princípios e a referida lei penal, demonstrando com isso que nosso sistema jurídico demanda simetria entre a Constituição Federal e as legislações que dela decorrem. As eventuais colisões existentes eiva de inconstitucionalidade nosso ordenamento, logo, demandando reparo que pode ocorrer nas fases de criação, aplicação e interpretação dos dispositivos.

### 1.1.1 Direito constitucional como *lex fundamentalis* do sistema jurídico

Não é sem razão que desde o fenômeno denominado constitucionalismo<sup>1</sup> o sistema jurídico ocidental lança mão da hierarquização das fontes formais imediatas do Direito de acordo com a teoria de Hans Kelsen<sup>2</sup>, na qual no topo se encontra o Direito Constitucional como *lex fundamentalis*, ou seja, dispõe tal sistema vincado verticalmente que a “estrutura normativa, que é o objeto da Ciência do Direito, apresenta-se hierarquizada. As normas jurídicas formam uma pirâmide apoiada em seu vértice. A graduação é a seguinte: constituição, lei, sentença, atos de execução”<sup>3</sup>.

Seguindo tal orientação e considerando ser este trabalho de caráter interdisciplinar, ou seja, aborda os Direitos Constitucional e Penal, trataremos no primeiro momento os aspectos

---

<sup>1</sup> NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**: tese apresentada ao concurso de provas e títulos para provimento do cargo de professor Titular na área de direito constitucional, no departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: [s.n.], 2009, p. 47 *et seq.*

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962, *passim*.

<sup>3</sup> Cf. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 422.

dogmáticos do Direito constitucional que lastreiam a hipótese geral deste estudo. Para tanto é curial que sejam compreendidas as bases dogmáticas da disciplina. Em razão disso, apresenta-se o conceito de princípio, conforme Celso Antônio Bandeira de Melo:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido<sup>4</sup>.

Validamente, tem-se que os princípios, por serem (1) mandamentos nucleares de um sistema normativo, (2) servirem como lastro dele (sistema) e (3) absorverem a cultura social, regurgitando-a em forma normativa para o próprio sistema, passam a constar como *conditio sine qua non* para legitimar o próprio sistema jurídico, atuando como critério de direção na elaboração e aplicação de outras normas jurídicas hierarquicamente dispostas<sup>5</sup>.

Quanto à polêmica da doutrina constitucional sobre a natureza dos princípios<sup>6</sup>, até porque este não é o foco deste trabalho, segue-se a orientação de que os princípios têm como natureza jurídica o *status* de norma jurídica, embora não se ignore a existência de corrente negativista da normatividade, que assevera ser esta dotada de alto grau de vagueza, o que não lhe concederia tal *status*<sup>7</sup>.

Para chegar à conclusão de que a doutrina majoritária adota o *status* de normatividade, segundo o festejado constitucionalista Paulo Bonavides<sup>8</sup>, foi preciso o perpassar das fases

<sup>4</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 450.

<sup>5</sup> SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância do direito penal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 23, e BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 14.

<sup>6</sup> Cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 21: “Em virtude de estudos recentes de filosofia do direito, de teoria geral do direito e do direito constitucional, acirrou-se a discussão a respeito dos conceitos e conteúdos de norma princípio, regra, garantia e direito. [...] Há as construções e sistematizações de Peter Häberle, Roberto Alexy, Ronald Dworkin, Carl Schmitt, José Joaquim Gomes Canotilho, Virgílio Afonso da Silva, Friedrich Müller, Claus-Wilhelm Canaris, Karl Larenz, Josef Esser, Niklas Luhmann, Eduardo García de Enterría, Karl Engisch, Alf Ross, entre outros”.

<sup>7</sup> Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999, p. 13: “uma primeira abordagem negava caráter de autênticas normas jurídicas aos princípios. Por força de sua suposta natureza ‘transcendente’, ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela sua formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediata), eram princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito. E porque a própria Constituição seria, justamente, aquele momento limdeiro entre o social (a moral, o político etc.) e o jurídico, ou seja, porque a própria Constituição não representaria um corpo estritamente jurídico, aparecia ela como o repositório natural de princípios assim considerados (desprovidos de natureza eminentemente jurídica)”.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 232-238.

jusnaturalista<sup>9</sup>, positivista<sup>10</sup> e pospositiva, na elaboração metodológica de tais correntes jusfilosóficas.

Concebe os princípios gerais de Direito, segundo assinala Fóraz-Valdez, em forma de “axiomas jurídicos” ou normas estabelecidas pela razão. São, assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, construtivos de um Direito ideal. São, em definitivo, “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”. Na segunda fase, os princípios entram nos códigos como fonte normativa subsidiária da inteireza dos textos legais. São encarados como “válvulas de segurança” que “garantem o reinado absoluto da lei”. São deduzidos das leis e servem apenas como fontes subsidiárias para completar lacunas legais<sup>11</sup>.

Legitimamente, a ideia de justiça e racionalidade (portanto, jusnaturalismo) cedeu espaço à ideia de positivismo, racionalidade e normas subsidiárias supletivas (portanto, juspositivismo), para enfim deitar raízes no pós-positivismo e na normatividade<sup>12</sup>. Mais uma vez se lança mão das lúcidas assertivas de Bonavides:

[...] a teoria principiológica chega à fase do Pós-positivismo com os seguintes resultados: “a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o campo da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse deslocamento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios<sup>13</sup>.”

Por todos, na doutrina estrangeira, Norberto Bobbio<sup>14</sup> também reconhece a natureza normativa dos princípios jurídicos. Acrescente-se o seguinte aspecto: os princípios jurídicos constitucionais são princípios gerais de Direito positivados, que migraram dos códigos de

<sup>9</sup> Cf. NADER, Paulo. **Introdução...**, *op. cit.*, 1991, p. 405: “Chama-se jusnaturalismo a corrente de pensamento que reúne todas as ideias que surgiram, no correr da história, em torno do Direito natural, sob diferentes aportações. [...] Há diversas matizes, que implicam a existência de correntes distintas, mas que guardam entre si um denominador comum de pensamento: a convicção de que, além do Direito escrito, há uma outra ordem, superior àquela e que é a expressão do Direito justo”.

<sup>10</sup> NADER, Paulo. **Introdução...**, *op. cit.*, 1991, p. 417: “Para essa corrente de pensamento o objeto da Ciência do Direito tem por missão estudar as normas que compõem a ordem vigente. A sua preocupação é com o Direito existente. Nessa tarefa o investigador deverá utilizar apenas os juízos de constatação ou de realidade, não considerando os juízos de valor”.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso...**, *op. cit.*, 1994, p. 235.

<sup>12</sup> SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio...**, *op. cit.*, 2009, p. 25.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso...**, *op. cit.*, 1994, p. 265.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, *passim*.

direito privado para as Constituições na fase pós-positivista da teoria principiológica<sup>15</sup>. Quanto à doutrina brasileira, também seguem no mesmo diapasão Eros Roberto Grau<sup>16</sup>, Paulo Bonavides<sup>17</sup> e Walter Claudius Rothenburg<sup>18</sup>. Em sentido diverso, Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>19</sup> e Manuel Messias Peixinho<sup>20</sup>.

Ivan da Silva<sup>21</sup> em sua dissertação de mestrado que posteriormente se converteu na obra “Princípio da Insignificância no Direito Penal”, traz a lume as lições de Eros Grau, advertindo que a problemática maior quanto à normatividade consiste na demonstração de que os princípios jurídicos atendem à estrutura das normas jurídicas em geral, estrutura esta que é constituída de três elementos: hipótese (previsão abstrata de um comportamento), mandamento (comando prescritivo) e sanção (consequência jurídica). Vale a pena conferir nos exatos termos:

A norma jurídica (proposição jurídica) é dotada de uma estrutura peculiar: representa determinada situação objetiva, hipotética (*Tatbestand*, hipótese, pressuposto fato, *fact species*) à qual estão ligadas certas consequências práticas, ou seja, os efeitos jurídicos por ela prescritos (*Rechtsfolge*, estatuição, injunção). A norma jurídica prescreve os efeitos enunciados na estatuição ou injunção em relação à situação objetiva que prevê possa vir a se verificar, desde que ela se verifique. Por isso é dotada de caráter logicamente hipotético: enuncia hipótese que produz consequências jurídicas. O caráter formal das proposições jurídicas é expresso na conexão entre uma hipótese e uma estatuição de consequência jurídica<sup>22</sup>.

Conclui que, “mesmo sendo enunciados descritivos, os princípios jurídicos consistem em autênticas normas jurídicas, pois a ocorrência do suporte fático verifica o descrito na hipótese”<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, *op. cit.*, 1994, p. 237

<sup>16</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 77-82.

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, *op. cit.*, 1994, p. 237.

<sup>18</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios...*, *op. cit.*, 1999, p. 15.

<sup>19</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 28

<sup>20</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 111.

<sup>21</sup> SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio...*, *op. cit.*, 2009, p. 28.

<sup>22</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem...*, *op. cit.*, 1997, p. 108.

<sup>23</sup> SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio...*, *op. cit.* 2009, p. 29, e *Cf.* Grau, Eros Roberto. *A ordem...*, *op. cit.*, 1997, p. 109-110: “[...] assim, embora as proposições jurídicas sejam prescritivas (deônticas) e não meramente descritivas (apofânticas), podem ser enunciadas – e isso ocorre com frequência – sob o revestimento verbal não prescritivo. Exemplifico com o que dispõe o art. 22, I, da Constituição de 1988: compete privativamente à União legislar sobre direito civil; o que está aí afirmado é que, se o Estado-membro, o Distrito Federal ou o Município legislar sobre direito civil, estas legislações serão inválidas (ao passo que, se o fizer a União, a legislação será válida) [...] portam em si pressupostos de fato (*Tatbestand*, hipótese, *facti species*) suficientes a sua caracterização como

Paulo Bonavides apresenta, talvez, a principal consequência deste giro conceitual. Acentua o doutrinador que:

a proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valorização e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema<sup>24</sup>.

Usa em linguagem figurada a expressão “oxigênio da Constituição” para designar a importância dos princípios para os sistemas constitucionais, inclusive granjeiam a unidade de sentido e conferem a valoração de sua ordem normativa<sup>25</sup>.

Licitamente, os princípios constituem o núcleo da ordem jurídica, sendo alçados ao mais elevado posto na escala normativa, porquanto se tornam as normas supremas do ordenamento. Segundo o mencionado doutrinador, os princípios se convertem em *normanormarum*, leia-se, “norma das normas”<sup>26 27</sup>.

Diante do exposto, é curial perquirir: qual a relação existente entre o Direito Constitucional e o Direito Penal?

Nunca é demais lembrar que a tradição acadêmica brasileira converge no sentido de que nosso sistema se fundamenta na multidisciplinaridade e na interdisciplinaridade, respectivamente, pluralidade de disciplinas jurídicas e inter-relacionamento dessas disciplinas. Ou seja, diante da enorme quantidade de disciplinas jurídicas, como elas convivem harmonicamente? O ordenamento jurídico é um conjunto harmônico de regras que não impõe, por si, divisão alguma em seu campo normativo. A taxonomia em classes e ramos é criação da Ciência do Direito ou da dogmática jurídica, na deliberação de organizar o Direito positivo para torná-lo prático à cognição, às investigações científicas, à metodologia do ensino e ao aperfeiçoamento das instituições jurídicas<sup>28</sup>.

---

norma. Apenas o portam de modo a enunciar uma série indeterminada de *facti species*. Quanto à estatuição (*Rechtsfolge*, injunção), neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas”.

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, *op. cit.*, 1994, p. 257.

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, *op. cit.*, 1994, p. 259.

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, *op. cit.*, 1994, p. 260.

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, *op. cit.*, 1994, p. 265: “[...] fazem eles (os princípios constitucionais) a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de normas das normas, de fonte das fontes. São qualificativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição”.

<sup>28</sup> Cf. NADER, Paulo. *Introdução...*, *op. cit.*, 1991, p. 379.

De plano, o Direito Constitucional, como já explicitado, ocupa o mais elevado patamar no sistema. Legitimamente, dele se irradiam os fundamentos que servirão para orientar as disciplinas infraconstitucionais, em atenção ao princípio da supremacia da ordem constitucional<sup>29</sup>. Sendo assim, é profunda a conexão entre o Direito Penal e o Constitucional, uma vez que a Carta Magna imprime ao estatuto penal sua índole, liberal ou totalitária<sup>30</sup>.

Denominando a interdisciplinaridade existente entre os Direitos Constitucional e Penal de “interdisciplinaridade construtiva com saberes jurídicos tangentes”<sup>31</sup>, Zaffaroni prelecionam que “o saber do Direito Penal deve estar sempre sujeito ao que o saber do direito constitucional informa.”<sup>32</sup>. Para tanto, expõem como razão serem os Direitos Constitucional e Penal vinculados de um modo formal mediante a supremacia constitucional – uma vez que esta (Direito Constitucional) é o estatuto político do Estado, é fato incontestável ter o Direito Penal de se submeter a seu quadro, como ocorre em um Estado Constitucional de Direito<sup>33</sup>.

Mais um sólido argumento no sentido de demonstrar a interdisciplinaridade dos referidos ramos do Direito é colhido em Ivan Luiz da Silva:

O Direito Penal é o ramo do Direito que protege os bens jurídicos mais fundamentais para a sociedade, tais como a vida, a liberdade etc., pois, para a proteção de tais valores sociais, os demais ramos do Direito não são suficientes, ou já não mais o são. Assim as normas penais são regras de convivência de especial relevo, já que o Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas que tutela os bens jurídicos de alta relevância, bem como garante os demais ramos jurídicos, pois servem de proteção as demais normas jurídicas<sup>34</sup>.

Para além disso, tem-se que o Direito Penal visa exercer sua função garantidora da ordem jurídica e, para tal, apresenta-se munido de uma força sem paradigma em qualquer outro ramo do Direito, leia-se, apresenta-se armado com a força da “coercitividade” e da “imposição de sanções”, tendo tais forças gênese na Constituição<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> PALAZZO, F. C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989, p. 16, e ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan. 2006, p. 319.

<sup>30</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal**: curso completo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5.

<sup>31</sup> *Cf.* ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 271: “Quando na construção de seu horizonte de projeção o saber penal entra em contacto com outros, é correto referir-se a *saberes tangentes*, e quando se superpõe a outros, a *saberes secantes*”.

<sup>32</sup> ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 319.

<sup>33</sup> ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 319.

<sup>34</sup> SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio...**, *op. cit.*, 2009, p. 59-60.

<sup>35</sup> Sidnei Beneti *apud* SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio...**, *op. cit.*, 2009, p. 60.

### 1.1.2 Questões terminológicas: princípio constitucional penal e princípio penal constitucional

Feitas as notas propedêuticas que dão suporte à dogmática constitucional acerca dos princípios, trataremos de alguns aspectos terminológicos que acentuadamente servem de lastro a este trabalho.

Há diferença dogmática nas terminologias **princípio constitucional penal** e **princípio penal constitucional**? Francesco C. Palazzo responde ao questionamento dizendo que:

Para uma melhor avaliação da influencia dos valores constitucionais no Direito Penal, deve-se levar em conta uma primeira distinção entre princípios de direito penal constitucional e princípios (ou valores) constitucionais pertinentes à matéria penal<sup>36</sup>.

Os princípios de Direito Penal Constitucional revelam em sua gênese o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, e não a simples forma penal de tutela, assim como o modo de disciplina penalística<sup>37</sup>. Diversamente ocorre no caso dos princípios ou valores constitucionais pertinentes à matéria penal, onde, destacadamente em sua gênese, se acha o conteúdo constitucional que, até mesmo, serve não só como orientação para o Direito Penal, assim como para todos os demais ramos do nosso catálogo jurídico, A rigor, o que vale preponderantemente nesta carga principiológica é a disciplina constitucional e, de forma subsidiária, o Direito Penal<sup>38</sup>.

Em síntese temos, portanto, no primeiro caso os princípios preponderantemente penais que encontram suporte (expressamente ou implicitamente)<sup>39</sup> na Constituição, e no segundo caso os princípios que são substancialmente constitucionais, mas que regulam os ramos infraconstitucionais e eventualmente o Direito Penal<sup>40</sup>.

São exemplos de matérias de que os princípios ou valores constitucionais cuidam: a família, o matrimônio, a administração pública, a economia, o ambiente, a criança etc. Percebe-se nitidamente o caráter heterogêneo<sup>41</sup>, ou seja, a orientação multidisciplinar. Já no

<sup>36</sup> PALAZZO, F. C. **Valores...**, *op. cit.*, 1989, p. 23.

<sup>37</sup> PALAZZO, F. C. **Valores...**, *op. cit.*, 1989, p. 23.

<sup>38</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70-71.

<sup>39</sup> PRADO. Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 55.

<sup>40</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução...**, *op. cit.*, 2003, p. 70-71.

<sup>41</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução...**, *op. cit.*, 2003, p. 71.

que toca aos princípios de Direito Penal Constitucional, trazem-se como exemplos os princípios da legalidade, da individualização, da retroatividade benéfica, da intervenção mínima, da ofensividade/ lesividade, da limitação da pena etc., que têm nítido caráter penal, porém se acham insculpidos na Constituição Federal, ora de forma expressa, ora de forma implícita.

Expressa ou implicitamente são as formas pelas quais a fonte material do Direito Penal (ou seja, a Constituição Federal) revela suas orientações. Para além disso, é importante referir nesta quadra do presente trabalho que a forma implícita de revelação constitucional do Direito Penal sempre suscita maiores dificuldades, merecendo portanto maior acuidade, devendo ser interpretada à luz de todo o sistema constitucional, levando-se em conta, para tanto, os valores, os direitos, as garantias e os princípios não expressos<sup>42</sup>.

## **1.2 Estado democrático e social de direito: do absolutismo aos desdobramentos do estado de direito**

O Estado Democrático e Social de Direito merece espaço neste trabalho, em especial quando se estudam conceitos como os de bem jurídico, tipo e tipicidade, princípios etc. Essa legitimidade fica evidente à medida que se compreende o desenvolvimento jusfilosófico da particular dogmática deste princípio. No dizer de Jorge Miranda, trata-se de uma “evolução copernicana” havida no plano do constitucionalismo<sup>43</sup>. Compreender o que significa o Estado Democrático e Social de Direito implica que sejam apresentados os conceitos empregados na sua formação, em especial, Estado de Direito e respectivas dimensões. Ressalte-se, porém, que o Estado Democrático e Social de Direito não surge da mera superposição entre essas três noções. Pelo contrário, pressupõe uma evolução jusfilosófica e social. Luiz Regis Prado evidencia em seu magistério a imbricação entre o Estado Democrático e Social de Direito e a tutela penal, sobretudo quanto ao bem jurídico:

Em um Estado Democrático e Social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz

---

<sup>42</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução...**, *op. cit.*, 2003, p. 71-72.

<sup>43</sup> Jorge Miranda *apud* STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 16.

social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana<sup>44</sup>.

Validamente, não há como empreender um estudo em torno do bem jurídico, tipo e tipicidade, assim como dos princípios, sem que se faça uma análise do Estado Democrático e Social de Direito como princípio reitor (ou postulado), desde sua fase inicial (constitucionalismo moderno) até os dias atuais.

Uma das tarefas mais instigantes e importantes deste trabalho consiste em tecer considerações quanto ao supracitado princípio, e por algumas razões fundamentais: (1) O Estado de Direito é gênero cuja espécie é o Estado Democrático de Direito; (2) pode parecer secundária a abordagem do princípio – Estado (Democrático) de Direito, mas, de logo, adverte-se que são o ponto central que gravita em sua órbita os demais pontos, *v.g.*, princípio da lesividade/ ofensividade como representação do Estado (Democrático e Social) de Direito etc.; (3) diante de uma tessitura complexa de aparentes sinônimos e antônimos quanto às definições do Estado de Direito que envolvem ao mesmo tempo as dimensões histórica, política, filosófica e jurídica, é que se evidencia o grau de importância deste tema.

Primeiro, o Estado de Direito tem sinônimos e antônimos, respectivamente: (1) Estado Liberal *versus* Estado Absoluto; (2) Estado Legal *versus* Estado Natural e (3) Estado Formal *versus* Estado Material. Cada expressão traz consigo características, ou seja, dimensões que são: ora histórica, ora política, ora filosófica, ora jurídica - às vezes de forma singular, mas muitas das vezes de forma plural (composta ou complexa), o que se evidenciará à medida que se desenvolver o tópico.

Segundo, o Estado de Direito comporta três fases, gerações ou etapas: 1ª geração – Estado Liberal, 2ª geração – Estado Social e, finalmente, 3ª geração – Estado Constitucional. Nelas, respectivamente, aportam: garantias às liberdades individuais; os direitos sociais, culturais e econômicos; qualidade de vida, meio ambiente, liberdade de informática, biotecnologia, paz<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 61, com o mesmo sentido, porém valendo-se de terminologia diferente (ou seja, Estado Social e Democrático de Direito), STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime...**, *op. cit.*, 2006, p. 36-37, prelecionam: “Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com o todo constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Social e Democrático de Direito”.

<sup>45</sup> GARCÍA PELAYO, M. **Estado legal y Estado constitucional de Derecho**. Madrid: Alianza Universidad, 1995, p. 3.029-3.030.

Terceiro, observando a taxonomia sob uma perspectiva das dimensões, tem-se que o Estado Liberal e o Estado Social são dimensões do Estado de Direito<sup>46</sup>. A rigor, não são conceitos opostos, mas momentos do mesmo Estado. Segundo Goyard-Fabre coube ao Estado de Direito o mérito de haver “instituído, na maioria dos países ocidentais, uma garantia constitucional de direitos e liberdades fundamentais, e de ter em termos filosóficos baseado essa garantia sobre um misto de naturalidade e racionalidade que é própria do homem”<sup>47</sup>. Dito com outras palavras, coube ao Estado Liberal romper as amarras do absolutismo (muitas vezes, despotismo esclarecido) e então passar o bastão para o Estado Social sacramentar a ruptura não só histórica como filosófica e jurídica.

Quarto, o Estado Constitucional como Estado de Direito nasce fundado nas ideias liberais, ou seja, na liberdade dos indivíduos, das comunidades, dos povos e, por ela, busca-se a limitação do poder político<sup>48</sup>. Há uma relação de complementaridade entre Estado Constitucional e Estado Legal de Direito, porquanto o primeiro nada mais é que o aperfeiçoamento do segundo<sup>49</sup>.

Quinto, o Estado de Direito também pode ser apresentado de outra forma, porém com as mesmas consequências: **Estado Formal** ou **Legal** (positivo) e **Estado Material**, que se subdivide em **Estado Democrático** e **Estado Social de Direito**<sup>50</sup>. O primeiro, oriundo do positivismo jurídico, preocupa-se eminentemente com a realização da atividade estatal, ou seja, seus atos são de ordem legal e/ ou constitucional. O segundo leva em consideração os critérios materiais de justiça, ou seja, a relação existente entre o Estado e o cidadão não gira em torno da legalidade, mas se lastreia na legitimidade, nos valores jurídico-políticos em vigência<sup>51</sup>.

Sem incorrer no que Luciano Oliveira, em seu artigo “Não fale do Código de Hamurábi”<sup>52</sup>, chama de “manualismo”<sup>53</sup>, traz-se, após as considerações propedêuticas, a definição de Estado de Direito, e em seguida serão abordados os demais “Estados”.

<sup>46</sup> BENDA, Ernest *et al.* **Manual de derecho constitucional**. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 491.

<sup>47</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **L'état**. Paris: Armand Colin, 1999, p. 95.

<sup>48</sup> PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 63.

<sup>49</sup> PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 63.

<sup>50</sup> PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 66-71

<sup>51</sup> GARCÍA PELAYO, M. **Estado...**, *op. cit.*, 1995, p. 54.

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Luciano. Não Fale Do Código de Hamurábi. Disponível em: <[http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA\\_Luciano\\_Nao\\_fale\\_do\\_codigo\\_de\\_Hamurabi.pdf](http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA_Luciano_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf)>. Acesso em: 29 de outubro de 2011.

<sup>53</sup> Cf. OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi. Disponível em: <[http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA\\_Luciano\\_-.Nao\\_fale\\_do\\_codigo\\_de\\_Hamurabi.pdf](http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA_Luciano_-.Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf)>.

Regis Prado<sup>54</sup> citando Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>55</sup>, S. Basile<sup>56</sup> e Legaz y Lacambra<sup>57</sup>, define o Estado de Direito como aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos.

No magistério de Ricardo Freitas<sup>58</sup>, o panorama social que fez emergir o Estado de Direito era a negação do Estado Absolutista. Tinha-se de um lado o Estado Liberal, que nega a figura do *legibus solutus* dotada de poderes absolutos – inclusive de determinar e aplicar o direito – acima dos indivíduos; e, noutro polo, o denominado Estado Absoluto.

Visando esclarecer o significado das expressões é que Ricardo Freitas<sup>59</sup> se socorre de Norberto Bobbio:

Enquanto o Estado de direito se contrapõe ao Estado absoluto entendido como *legibus solutus*, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo: deve-se então dizer que o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e politicamente<sup>60</sup>.

Com efeito, Regis Prado<sup>61</sup>, valendo-se também de BOBBIO, sintetiza:

Acesso em: 29 de outubro de 2011., pp. 11-12: “[...] Um deles, provavelmente decorrência do uso abusivo de manuais e de livros de doutrina, é o que tenho chamado de ‘manualismo’, ou seja, a tendência a escrever na dissertação ou tese verdadeiros capítulos de manual, explicando redundantemente – pois se trata de coisas amplamente sabidas por quem já passou por um curso de Direito – o significado de princípios e conceitos que são como que o bê-a-bá da disciplina. Darei, em seguida, alguns exemplos extraídos um tanto ao acaso de trabalhos acadêmicos que passaram pelas minhas mãos nos últimos tempos”.

<sup>54</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 61.

<sup>55</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 1 *et seq.*

<sup>56</sup> BASILE, S. **Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas**. Madrid: Civitas, 1981, p. 267.

<sup>57</sup> LEGAZ Y LACAMBA. **Humanismo, Estado y Derecho**. Barcelona: Bosch, 1960, p. 72-73.

<sup>58</sup> Cf. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade: Fundamentos do Direito Penal Moderno**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 50. Em nota: “[...] a doutrina nos recorda que a expressão ‘Estado de Direito’ é dotada de significativa ambiguidade. Para os que adotam uma concepção monística do direito, como Kelsen, Estado e direito são duas fases de uma mesma moeda enquanto ‘sistema de normas, sistemas de competências, de funções, de órgãos cujo sentido está nas normas’; em um sentido histórico, é de reconhecer-se que todo Estado sempre foi Estado de direito na medida em que fundado em normas jurídicas que traduzem uma determinada ordem política; em um terceiro sentido, designa o Estado fundado pelas revoluções burguesas, ou seja, aquele ‘em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica essencialmente na base desta constituição [...]’”.

<sup>59</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão...**, *op. cit.*, 2001, p. 49.

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 17-18.

<sup>61</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 62.

No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos; no Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só os direitos privados, mas também direitos públicos<sup>62</sup>.

No plano político a preocupação evidente da doutrina liberal foi à imposição de limites ao Estado. Já no plano jurídico o Estado Liberal assume roupagem de Estado de Direito<sup>63</sup>. E no plano histórico e jusfilosófico há uma profunda transformação das concepções oriundas da Idade Antiga e Média (baixa e alta), passando pela Idade Moderna, e finalmente chegando à Idade Contemporânea (ilustração<sup>64</sup> e restauração<sup>65</sup>). Tratando-se da ciência História não se pode apontar o dedo a uma data e defini-la como sendo a única e exata para fins de mudança. Assim, reunidas as evidências históricas, pode-se afirmar com convicção que o Estado Liberal tem seu marco histórico entre o final da Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea<sup>66</sup>.

Ao Estado Liberal segue-se o Estado Social, e este se firma como o segundo momento da evolução da própria noção de Estado de Direito. A pretensão deste Estado é a conectividade de determinados direitos e garantias que visam à proteção da autonomia individual, com direitos sociais, tendo por fim melhorar as condições materiais e espirituais de vida das pessoas<sup>67</sup>. Nas lições de K. Hesse:

A fórmula do Estado Social de Direito vem a ser um princípio constitucional que obriga e legitima o legislador e a administração para o exercício de tarefas de cunho social em prol da comunidade, conforme a legalidade democrática. Assim, a Constituição alberga as realidades do desenvolvimento técnico, econômico e social, normatiza o exercício de encargos dele resultantes, e o coloca sob o manto do Estado de Direito<sup>68</sup>.

<sup>62</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 61.

<sup>63</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão...**, *op. cit.*, 2001, p. 49-50.

<sup>64</sup> Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37, no sentido de que “ilustração” é sinônimo de “iluminismo” e teve como primeiro expoente Beccaria.

<sup>65</sup> Cf. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho** (el objeto protegido por la norma penal). Barcelona: PPU, 1991, p. 20, *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 39: “Restauração é o período subsequente à derrota de Napoleão; empregando caminho contrário ao iluminismo, desloca a soberania do povo como fonte de poder novamente à soberania do príncipe, retomando o princípio monárquico”.

<sup>66</sup> Cf. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão...**, *op. cit.*, 2001, em várias passagens de sua obra “Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno”, aponta tais evidências, especialmente quando escreve no capítulo 6 – As origens do Estado Liberal.

<sup>67</sup> PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 71.

<sup>68</sup> HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998, p. 173.

Legitimamente, não bastava apenas a garantia de um Estado Formal (legal, de cunho positivista); o momento e as aspirações políticas já evidenciavam novas necessidades, e com elas a mudança de dimensão do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social.

A Constituição da República Federativa brasileira de 5 de outubro de 1988, em seu preâmbulo<sup>69</sup>, indica a opção do Brasil por uma *lex fundamentalis* pautada também no Estado Social de Direito, quando subscreve: “fundada na harmonia social”<sup>70</sup>71 .

Adotar como Cláusula constitucional o Estado Social de Direito implica, entre outras coisas, a opção de sistema político e serve como critério interpretativo de todo o direito positivo, além de constituir um critério para o princípio da supremacia da ordem constitucional<sup>72</sup>.

Enfim, no dizer de Luiz Regis Prado, com base em P. Lucas Verdú, Paulo Bonavides e E. Díaz, Estado Social de Direito é

uma feliz expressão que designa uma realidade pensada anteriormente quando da incorporação dos direitos sociais às comunidades europeias. Trata-se da intervenção louvável de converter em direito positivo velhas aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito<sup>73</sup>.

Valendo-se mais uma vez da esclarecedora taxonomia do Estado de Direito é possível perceber onde se localiza topograficamente o Estado Democrático de Direito. De acordo com que já foi acima tratado, apenas para lembrar e servir como ponto de partida desta quadra do trabalho, tem-se que o Estado Democrático de Direito é uma dimensão **material** do Estado de Direito em que este divide espaço na classificação com a dimensão **formal**. Dito de outra

<sup>69</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, **fundada na harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (BRASIL. Constituição (1988). Preâmbulo. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 4 de maio de 2012). (grifo nosso)

<sup>70</sup> BRASIL. Constituição (1988). Preâmbulo. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 4 de maio de 2012.

<sup>71</sup> Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009, p. 69.

<sup>72</sup> GONZÁLEZ MORENO, B. **El Estado Social**. Madrid: Civitas, 2002, p. 28-29.

<sup>73</sup> PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 71.

forma, tem-se, portanto, o Estado de Direito com duas dimensões: (1) formal e (2) material. Quanto à segunda dimensão, esta se subclassifica em **Estado Social e Estado Democrático**.

Segundo Streck e Feldens, a expressão Estado Democrático de Direito equivale a Estado Constitucional de Direito e redimensionou a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas. Acrescentam que tal Estado se apresenta como um *plus* normativo em relação às fases estatais anteriores, ou seja, as fases do Estado Liberal e do Estado social<sup>74</sup>.

Sob a ótica dos poderes do Estado, tem-se a seguinte evolução: no Estado Liberal a relação se dava entre Estado, Poder e Sociedade, com destacada atividade do Poder Legislativo, ou seja, o “império da lei”; no Estado Social há uma implementação das políticas públicas, conferindo um perfil autoritário a este tipo de Estado, com destaque para a atividade do Poder Executivo; no Estado Democrático de Direito o centro gravitacional é deslocado em direção ao Poder Judiciário, em razão da justiça constitucional<sup>75</sup>.

Regis Prado apresenta outra nuança para definir o Estado Democrático de Direito:

[...] aquele em que os governos têm legitimação democrática, essencialmente à base de eleição por sufrágio universal de assembleias representativas, com a participação livre de uma pluralidade de partidos e com um mínimo de informação e debate político<sup>76</sup>.

Os elementos configuradores do Estado de Direito elencados por Ronaldo Brêtas C. Dias são: (a) império da lei – compreendido como expressão da vontade geral, ato formalmente emanado da função legislativa, exercida com a participação indispensável de representantes do povo; (b) *divisão* de poderes do Estado – entendida esta *divisão*, todavia, como separação das funções do Estado (legislativa, administrativa e jurisdicional); (c) legalidade da administração pública – isto significando atuação do Estado segundo a lei e sob suficiente controle jurisdicional; e (d) enunciado dos direitos e das liberdades fundamentais dos indivíduos, reconhecidos sob garantia jurídico-formal e efetiva realização material<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime...**, *op. cit.*, 2006, p. 16.

<sup>75</sup> STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime...**, *op. cit.*, 2006, p. 17-18.

<sup>76</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 67-68.

<sup>77</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 99.

Elias Díaz<sup>78</sup> aduz que o predicativo – Democrático – adicionado ao Estado de Direito significa a exigência de respeito aos princípios fundamentais considerados acima por Ronaldo Brêtas como elementos configuradores do Estado de Direito. No mesmo sentido, Nelson Nery Junior observa que há países, *v.g.*, Cuba (ditadura) e Alemanha nazista, onde se garante o Estado de Direito, mas lhes falta o qualificativo – Democrático –, ou seja, há normas penais regulando a atividade do Estado e dos particulares, mas isso não basta em si. Eis o que diz literalmente o autor:

Um dos fundamentos sobre os quais se erige a república brasileira é o estado democrático de direito (CF 1º, caput). Não é apenas de estado de direito que se cogita, mas de estado democrático de direito. Isto porque o **estado nazista**, bem como o de reconhecidas ditaduras como o de Cuba, são “de direito”, porque tinham e têm normas legais regulando as atividades do Estado e dos particulares. Não basta. É necessário que este estado de direito, legal, seja democrático, instituído e regulado por princípios que se traduzam no bem-estar de todos, na igualdade, na solidariedade. É por isso que, no Brasil, se pode discutir a constitucionalidade de **determinada lei sob fundamento de que não atende à letra ou ao espírito da Constituição**<sup>79</sup>. (Grifo nosso).

Conforme Ronaldo Brêtas, por Estado Democrático de Direito entende-se:

Um Estado submetido às normas de direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito, ou seja, Estado Constitucional Democrático de Direito<sup>80</sup>.

A questão terminológica quanto a Estado **Democrático e Social** de Direito ou Estado **Social e Democrático** de Direito perde importância em face da dimensão das razões e consequências pertinentes às duas terminologias. Pois diferem na forma, mas se igualam no conteúdo.

Parte da doutrina (por todos, Streck e Feldéns)<sup>81</sup> utiliza a terminologia Estado Social e Democrático de Direito, enquanto outra parte (por todos, Luiz Regis Prado)<sup>82</sup> se refere a Estado Democrático e Social de Direito. Tangenciando essa discussão terminológica, opta-se pela segunda terminologia – Democrático e Social –, embora se entenda que são espécies do Estado Direito Material. “A fórmula do Estado Social de Direito vem a ser um princípio constitucional que obriga e legitima o legislador e a administração para o exercício de tarefas

<sup>78</sup> DÍAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Edicusa, 1975, p. 54.

<sup>79</sup> Cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...**, *op. cit.*, 2009, p. 51.

<sup>80</sup> BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade...**, *op. cit.*, 2004, p. 96.

<sup>81</sup> Cf. STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime...**, *op. cit.*, 2006, *passim*.

<sup>82</sup> PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, *passim*.

de cunho social em prol da comunidade, conforme a legalidade democrática”, segundo Hesse<sup>83</sup>; logo, para haver Estado Social de Direito é preciso primeiro um Estado de legalidade Democrática como condição. No mesmo sentido Luiz, Regis Prado arremata: “a Constituição, nos modernos Estados Constitucionais democráticos, agasalha de modo conjunto tanto os mecanismos formais de garantia do Estado de Direito, como o princípio democrático e a dimensão social, próprias do Estado democrático e social”<sup>84</sup>. Cláudio Brandão em seu magistério ensina basicamente o mesmo, porém optando por outra terminologia (Social e Democrático):

O Princípio da legalidade é o fundamento do Direito Penal do Estado Social e Democrático de Direito. No Estado Social e Democrático de Direito não é admitido o uso arbitrário do Direito Penal pelos detentores do poder político, posto que o dito Princípio é a mais alta limitação ao *jus puniendi* estatal. Como no Estado Teocrático e no Estado Totalitário o Direito Penal é flagrantemente utilizado de modo arbitrário pelos detentores Poder Político, não existe a possibilidade de seus sistemas penais serem regidos pela Legalidade. O Princípio da Legalidade, portanto, é uma propriedade do Estado Social e Democrático de Direito.

Conforme se vislumbra a doutrina aponta no sentido de utilizar uma ou outra terminologia, porém discutindo o mesmo conteúdo e consequências.

Feitas tais ponderações terminológicas resta o questionamento: qual é o conteúdo do Estado Democrático e Social de Direito? Segundo Peces-Barba os elementos que estruturam o dito Estado são:

- a) Soberania popular, da qual emanam os Poderes do Estado;
- b) Legitimação dos governantes por meio de eleições periódicas pós-sufrágio universal, com pluralismo de opções;
- c) Submissão dos governantes à lei, hierarquia das normas, controle judicial de suas decisões e responsabilidades por seus atos e decisões;
- d) Preservação da Constituição pelo Tribunal Constitucional (Supremo Tribunal Federal);
- e) Separação de poderes (funções);
- f) Reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, com a incorporação dos novos direitos econômicos, sociais e culturais;

<sup>83</sup> HESSE, K. **Elementos...**, *op. cit.*, 1998, p. 173.

<sup>84</sup> PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 73.

- g) Função promocional dos poderes públicos para propiciar as condições e remover os obstáculos à igualdade entre os cidadãos;
- h) Intervenção dos poderes públicos na organização econômica;
- i) Potencialização das organizações sociais e culturais, favorecendo a participação e controlando os serviços que afetem a qualidade de vida<sup>85</sup>.

O elenco apresentado é por si definidor e autoexplicativo, portanto, dispensa que passemos a elucubrar dogmaticamente cada um deles, sendo exercício para outro oportuno trabalho. Porém, no nosso caso, o que importa é perquirir qual relação existente entre o Estado Democrático e Social de Direito face ao princípio da lesividade/ ofensividade?

O princípio da lesividade/ ofensividade é um consectário do dito Estado de Democrático e Social de Direito, dito de outra forma, tal Estado na verdade está travestido do princípio da lesividade/ ofensividade face ao Direito Penal, leia-se, temos como postulado de Direito Penal o Estado Democrático e Social de Direito que recebe a nomenclatura de princípio da lesividade/ ofensividade para fins da citada ciência.

### **1.3 Princípio da lesividade/ ofensividade: questões terminológicas, conceituais e aplicabilidade**

Inicia-se este tópico definindo as terminologias adotadas quanto ao supracitado princípio, ou seja, princípio da **ofensividade** e/ ou da **lesividade**. De forma geral, os doutrinadores não levantam grandes polêmicas. O certo é que a maioria acredita serem sinônimos<sup>86</sup> ou até denominam princípio da **necessária lesividade**<sup>87</sup>. Luigi Ferrajoli, por exemplo, denomina-o como princípio da lesividade<sup>88</sup>. Há, porém, aqueles que usam

<sup>85</sup> PECES-BARBA, G. **Los valores superiores**. Madrid: Tecnos, 1986, p. 62-63.

<sup>86</sup> CARBONELL, Juan Carlos. **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 207; SANCHEZ, Maria Isabel García de Paz. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999, p. 11; 125. MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Bienes jurídicos intermedios e delitos de peligro**. Granada: Comares, 1997, p. 1, e SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 92-101.

<sup>87</sup> PALAZZO, F. C. **Offensività...**, *op. cit.*, 1998, p. 49 *et seq.*

<sup>88</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 426 *et seq.* Seguindo a locução os autores BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo**

preferencialmente a terminologia princípio da ofensividade<sup>89</sup>, como Luiz Flávio Gomes, que na sua obra “Princípio da ofensividade no Direito Penal”<sup>90</sup> escreve em nota de rodapé a justificativa de haver optado pela terminologia ofensividade:

Nossa preferência pela locução “princípio da ofensividade” deve-se ao seguinte: a ofensa é gênero que comporta a lesão ou perigo concreto de lesão como espécies. Utilizando-se a palavra lesividade poder-se-ia permitir certa confusão entre o gênero e a espécie<sup>91</sup>.

Renato de Melo Jorge Silveira adverte, fundamentado em Palazzo, que “não sem razão, tem-se, genericamente, ambos interpretados de igual sorte e sob o mesmo prisma”<sup>92</sup>. Vale a pena conferir o magistério de Palazzo;

[...] o princípio da lesividade do delito, pelo qual o fato não pode constituir ilícito se não for ofensivo (lesivo ou simplesmente perigoso) do bem jurídico tutelado, responde a uma clara exigência de limitação do Direito Penal. E isso em dois níveis. Em nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido constituídos, in abstrato, como indiferentes e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e dos interesses sociais, já foram consagrados como inofensivos. Em nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio de lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma<sup>93</sup>.

---

**abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco.** São Paulo: RT, 2007, p. 202-206; BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro**, v. 1, n. 1, pp. 6-28 janeiro/julho 2009, p. 91-97; ZAFFARONI, E. Raul *et al.* **Direito...**, *op. cit.*, novembro de 2006, p. 225 *et seq.*

<sup>89</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Principio de ofensividad, aplicación Del derecho y reforma penal.** [S.l.: s.n.] Poder Judicial n. 28, 1986, p. 7 e ss; RIVAS, Nicolás García. **El poder punitivo em el estado democrático.** Cuenca: Universidad de Castilla – La Mancha, 1996, p. 46 e ss; MANTOVANI, Ferrando. **Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale, Il diritto penal alla volta di fine millennio.** Torino: G. Giappicheli, 1998, p. 244 *et seq.* e GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 1, nota 1: “não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico nullum crimen sine iniuria, função político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale”.

<sup>90</sup> *Cf.* nota do autor, esta obra é parte da sua tese de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, defendida no dia 1º.2.2001.

<sup>91</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio...**, *op. cit.*, p. 11, nota 1

<sup>92</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p. 162. Comungando da mesma ideia de locuções sinônimas (lesividade, ofensividade e exclusiva proteção de bens jurídicos) AGUADO CORREA, Teresa. **El principio de proporcionalidad en derecho penal.** Madrid: Edersa, 1999, p. 161, e VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. **Derecho Penal.** Parte general. 3. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997, p. 43. Em sentido contrário BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 61, preleciona: “[...] o princípio da ofensividade não se confunde com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, segundo o qual não compete ao Direito Penal tutelar valores puramente morais, éticos, ou religiosos; como *ultima ratio*, ao Direito Penal se reserva somente a proteção de bens fundamentais para a convivência e o desenvolvimento da coletividade”.

<sup>93</sup> PALAZZO, F. C. **Valores...**, *op. cit.*, 1989, p. 79 *et seq.*

No entanto, alerta para que se evite confundir o princípio da lesividade com o **princípio da exclusiva proteção** a bens jurídicos<sup>94</sup>, pois, ainda que próximos e complementares, eles não se confundem<sup>95</sup>, uma vez que o primeiro tem por base a necessária vinculação de uma incriminação com a lesão para o bem jurídico<sup>96</sup>.

Doutra banda parte da doutrina, em especial a italiana, com as suas inestimáveis e incontáveis colaborações, vem entendendo que a fonte de onde brotou a ofensividade foi o princípio latino *nullum crimen sine iniuria*, mas não tem, hodiernamente, correspondência com a lesividade, conforme se verá adiante ao abordar a definição do mesmo.

Em suma, não há efeito prático, que provoque distorções ou consideráveis mudanças na vida social que reflita na dogmática penal, denominar ofensividade ou lesividade, logo usaremos em nosso trabalho indistintamente as expressões.

Já quanto ao aspecto histórico, o princípio surge por obra do iluminismo, cujo intuito era romper com a chamada secularização e promover a separação entre o direito e a moral<sup>97</sup>. Nem tudo que era considerado imoral poderia ser considerado contrário ao e proibido pelo Direito. A consequência, como já frisado, é que a religião se cinde do Direito, não podendo o Estado confundir Direito com fé<sup>98</sup>. Ferrajoli é irretocável em suas observações:

O segundo fundamento, bem mais importante no plano ético-político, trazido pelo iluminismo penal ao requisito da materialidade da ação criminal, é o princípio axiológico de separação entre o direito e a moral. Já se falou das teses de Hobbes, Pufendorf, Bentham e de todo o pensamento laico e liberal sobre os limites do

<sup>94</sup> Cf. MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: BdeF, abril de 2006, p. 85, quanto ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos: “*Entre los limites que hoy Suelen imponerse al ius puniendi del Estado, ocupa um lugar destacado el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Se hace hincapié en la exigência de que o Derecho penal castigue unicamente ataques a bienes jurídicos. Ello es una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global: el que parte de la necesidad de postular um uso lo más restrictivo posible del Derecho penal. Supone la concepción del Derecho penal como um mal menor que sólo es admisible em la medida em que resulte del todo necesario [...]*”.

<sup>95</sup> DÍZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trotta, 2002, p. 139.

<sup>96</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p.161, e GOMES, Luiz Flávio. **Princípio...**, *op. cit.*, p.42-43: “como se vê, ambos os princípios, justamente porque se acham estritamente vinculados, são mencionados com frequência para expressar uma única realidade. Entretanto, estrita e rigorosamente entendidos, exprimem conteúdos distintos. Para bem individualizá-los cumpre sublinhar desde logo que a função principal do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é de delimitar uma forma de penal, o Direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si etc. [...] O princípio da ofensividade, por sua vez, nada diz diretamente sobre a missão ou forma do Direito penal, senão que expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito: o delito como ofensa a um bem jurídico. E disso deriva, como já afirmamos tantas vezes, a inadmissibilidade de outras formas de delito (mera desobediência, simples violação da norma imperativa etc.)”.

<sup>97</sup> GONZÁLES CUSSAC, José Luis. **Princípio...**, *op. cit.*, 1986, p. 7.

<sup>98</sup> GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2005, p. 89.

direito no que concerne à moral, por força dos quais nem todos os pecados devem ser proibidos, já que não é tarefa do direito sancionar ou impor a moral. Essa tese encontra, nos princípios de exteriorização dos atos sucessivos de proibição penal e de reserva dos atos internos ao domínio específico e exclusivo da moral, seus dois corolários mais relevantes política e eticamente<sup>99</sup>.

Comungando da denominação (ofensividade), Fabio Roberto D'Avila, em sua obra “Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos”, alerta no sentido de que há uma estreita relação entre os modelos de crime e os modelos de Estado, perceptíveis numa perspectiva histórica, revela elementos significativos sobre uma maior ou menor dificuldade de assimilação de certas formas de estruturação do ilícito-típico, servindo, no mais das vezes, como índice confiável de autoritarismo penal<sup>100</sup>.

Tratadas as bases terminológicas e histórica, é curial abordar o conceito do princípio da ofensividade (ou lesividade), que se apoia no brocardo *nullum crimen sine injuria*, que em livre tradução resulta: só há crime quando existir lesão (ou ameaça de lesão) ou exposição de perigo concreto a bem jurídico protegido por tutela penal<sup>101</sup>. Do contrário, estar-se-ia em descompasso com o Estado Democrático de Direito ao se imaginar um ilícito penal de “mera violação de dever de obediência”<sup>102</sup>.

Outra parte da doutrina, em especial a italiana, como já tratado no início, vem entendendo ser a lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal, forma de ofensividade. Dito de outra forma, trata-se de um prisma de gênero e espécie, sendo a ofensividade o gênero onde repousam as espécies: lesão e ameaça de lesão. Conforme esta orientação a ofensividade tem origem no princípio latino *nullum crimen sine iniuria* que representa, com efeito, a lesividade, mas com ele não se confunde pelos fundamentos acima exarados<sup>103</sup>.

Oportunamente, trazendo ao diálogo o que já fora estudado no tópico 1.1.2 (Princípio constitucional penal *versus* princípio penal constitucional) quanto à forma de exteriorização

<sup>99</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 441-442.

<sup>100</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009, p. 106-107.

<sup>101</sup> Cf. PALAZZO, F. C. **Valores...**, *op. cit.*, 1989, p. 79; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes...**, *op. cit.*, 2007, p. 202-203; SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 92-93, e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 54-54

<sup>102</sup> PALAZZO, F. C. **Offensività...**, *op. cit.*, 1998, p. 60; SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 93 e 101, e GOMES, Luiz Flávio. **Princípio...**, *op. cit.*, 2002, p. 30.

<sup>103</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, *op. cit.*, 2009, p. 106-107, nota de rodapé 245, *in verbis*: “Embora a noção de ofensividade remonte ao princípio latino do *nullum crimen sine iniuria*, já não encontra estrita correspondência com denominado princípio da lesividade. Em sua atual forma, resulta de inúmeros contributos jurídicos, em especial da doutrina italiana, a ofensividade compreende não só a lesão, mas também o perigo de lesão a bens jurídico-penais. A lesão (dano) e o perigo, enquanto resultados prejudiciais ao bem jurídico e proibidos pela norma penal, são, nesta medida, formas de ofensividade.”

(expressamente ou implicitamente) dos princípios, é que se afirma ser a ofensividade um princípio implícito decorrente do Estado Democrático e Social de Direito<sup>104</sup>, embora haja parte da doutrina<sup>105</sup> que enxergue a gênese deste princípio no art. 98, I, da CF/1998, que disciplina crime de menor potencial ofensivo.

Agora quanto aos indicativos infraconstitucionais, mais precisamente no Código Penal, da concretização material do princípio da lesividade, preleciona D'AVILA que são muitos os dispositivos que atestam a recepção de um ilícito penal de base objetiva, em visível contradição a uma orientação subjetivista, v.g., tentativa (art. 14, II, CP/40), crime impossível (art. 17 do CP/40) e a primeira parte do art. 13 do CP/40 que, segundo o supracitado autor, permitem o claro reconhecimento de direito penal comprometido com o desvalor que representa a ofensa a bens jurídico-penais<sup>106</sup>.

Dúvidas não restam quanto à simetria existente entre o princípio da lesividade/ofensividade e o Estado Democrático e Social de Direito, sendo este o adequado momento de alinhar suas funções, conforme segue adiante.

A esse respeito F. C. Palazzo considera duas funções (ou planos) primordiais: (1) serve de guia na atividade legiferante, leia-se, orienta o legislador na construção dos tipos penais, vinculando-os a reais conteúdos ofensivos e a bens jurídicos socialmente relevantes; e (2) serve como critério hermenêutico dirigido ao juiz e ao intérprete para exortá-los a verificar em cada caso concreto a existência da necessária lesividade ao bem jurídico protegido<sup>107</sup>. L. F. Gomes denomina esses dois diferentes planos como: (1) função político-criminal e (2) função interpretativa ou dogmática, respectivamente, momento em que se decide pela criminalização da conduta e instante em que se interpreta e se aplica concretamente o Direito Penal<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> Cf. D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, *op. cit.*, 2009, p. 68, *in verbis*: “Em verdade, podemos dizer que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos em sua vertente principiológica, o denominado Princípio da Ofensividade é, antes de qualquer coisa, uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático de social de Direito”. (grifo nosso)

<sup>105</sup> JESUS, Damásio E. **Crimes de trânsito**. São Paulo: Saraiva. 1998, p. 30.

<sup>106</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, *op. cit.*, 2009, p. 71-72.

<sup>107</sup> PALAZZO, F. C. **Offensività...**, *op. cit.*, 1998, p. 8-9. No mesmo sentido D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, *op. cit.*, 2009, p.74-75: “[...] A ofensividade torna-se, por isso, no plano de lege ferenda, um importante critério de orientação legislativa e, no plano de lege lata, critério de validade e delimitação do ilícito, reitor de uma hermenêutica que se quer constitucionalmente orientada. Ou seja, não só o legislador deve ater-se à exigência de ofensividade na proposição de novas figura delitivas que, na sua interação com outros princípios penais, leva-lo-á a priorizar sempre as formas de ofensa mais intensas, como a aplicação da norma penal exigirá do intérprete uma hermenêutica atenta à sua efetiva existência”.

<sup>108</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio...**, *op. cit.*, 2002, p. 28.

As funções têm, portanto, dois distintos momentos de atuação. No primeiro caso (político-criminal), de competência do Poder Legislativo (*nulla lex sine injuria* – nula lei sem ofensa), que se opera sobre o *jus puniendi*, de controle *ex ante factum*; no segundo caso (interpretativo ou dogmático), de competência do Poder Judiciário e intérpretes (*nulla crimen sine injuria* – nulo crime sem ofensa), que se opera sobre o *jus puniendi* de controle *ex post factum*<sup>109 110</sup>.

A função político-criminal é apresentada em dimensões de garantia. Conforme Palazzo<sup>111</sup> são três: (1) impedir o arbítrio e a degeneração punitiva<sup>112</sup>, (2) servir de barreira contra a abusiva expansão do Direito Penal<sup>113</sup> e (3) permitir o controle do conteúdo da lei

<sup>109</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio...**, *op. cit.*, 2002., p. 29: “o *ius puniendi* (o direito que está expresso no texto legal) nem sempre constitui o Direito penal definitivo. O *ius puniendi* é um projeto de uma obra que no final pode ter ajustes (constitucionais). A lei, em suma, é um projeto de Direito. E o Direito (reconhecido pelos juízes) é um projeto do Direito Justo. A lei pode no final até ser o próprio Direito, desde que afinada com todos os princípios constitucionais e penais”.

<sup>110</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio...**, *op. cit.*, 2002, p. 28.

<sup>111</sup> PALAZZO, F. C. **Offensivã...**, *op. cit.*, 1998, p. 60.

<sup>112</sup> Cf. NILO, Batista. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 91-97: “o princípio da lesividade (ou ofensividade) transporta para o terreno do Direito Penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do Direito. Explica, socorrendo-se de Del Vecchio, Radbruch e Machado Netto, que ao contrário da moral, o Direito coloca ‘face a face, pelo menos, dois sujeitos’ (ou seja, de um lado o ofensor e, do outro, o ofendido cujo bem jurídico foi lesionado). No mesmo diapasão, ver em Roxin o reforço legitimador de sua ideia: ‘só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; [...] o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para educação moral dos cidadãos’. À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal. O festejado professor apresenta quatro principais funções para o princípio da lesividade (ou ofensividade): Primeira: proibir a incriminação de uma atitude interna – com espeque no brocardo *cogitationis poenam nemo patitur* – ou seja, no iter criminis a segunda etapa (cogitação) não é relevante para tutela penal; Segunda: proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, ou seja, não se punem atos preparatórios, crime impossível e tampouco a autolesão (princípio da alteridade); Terceira: proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, ou seja, o Direito Penal busca os fatos para puni-los e não o autor; dito de outra forma: Direito Penal do fato e não Direito Penal do autor (ou inimigo); e, Quarta: proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico, ou seja, Direito Penal da intolerância; dito de outra forma, o Direito Penal não admite as diferenças sociais irrelevantes, mas que fogem ao padrão coletivo”.

<sup>113</sup> Cf. Carl Ludwig von Bar *apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, introdução: “Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram da forma mais ruidosa –, ali se pode pensar na frase de Tácito: *péssima respublica, plurimae legis*”. Citando este pensamento, passa a desenvolver sua obra *Expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais* e adverte no sentido de que nosso momento histórico caracteriza-se precisamente por uma crescente demanda de tutela penal, em especial dos novos interesses inerentes ao processo de evolução tecnológica e à “sociedade de riscos”.

penal, seja no que diz respeito ao objeto da tutela penal, seja quanto à presença e ao grau da ofensividade penalmente relevante<sup>114</sup>.

Sem perder o foco de que se está diante de uma tessitura principiológica (dogmática) de trama bem ajustada, para não dizer bem trançada, menciona-se mais uma vez que a ofensividade decorre (princípio implícito) do Estado Democrático e Social de Direito, logo deve ter ampla comunicação com outros princípios, dele também decorrentes, que somados legitimam e *pari passu* cumprem uma função de garantia do próprio modelo Democrático de Estado e de Direito às pessoas. Validamente, porquanto decorrem do mais amplo princípio do Estado Democrático e Social de Direito, também lhes traz garantia e ampla legitimidade<sup>115</sup>. É neste sentido o magistério de Fabio Roberto D’Avila, *in verbis*:

A ofensividade é, sem dúvida, por inúmeras razões, uma exigência constitucional. Aliás, parece-nos possível encontrar elementos para justificar uma tal exigência, tanto em âmbito puramente principiológico como, e principalmente, à luz das regras constitucionais. Partindo de um ordenamento constitucional fundado na inter-relação de regras e princípios, podemos, mediante a admissão de uma proposição de ordem e paz a cargo do Estado de Direito reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito. [ ] Por estas, entre muitas outras razões, é, por certo, a ofensividade uma inafastável exigência para legitimidade do ilícito-típico na ordem purídico-penal brasileira, após a Constituição Federal de 1988.”<sup>116</sup>

Conclui-se também pela interdisciplinaridade principiológica a partir da obra de Ferrajoli, “Direito e razão: Teoria do garantismo penal” (na tradução brasileira)<sup>117</sup>. Ao levantar alguns questionamentos e apresentar como respostas alguns princípios que se imbricam com a ofensividade, o autor, ainda que implicitamente, revela o diálogo entre eles, a saber: “quando punir? (responde com os) princípios da retribuição penal e legalidade”<sup>118</sup>; “como punir? (responde com os) princípios da necessidade e da humanidade das penas, assim

---

<sup>114</sup> Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Princípio...**, *op. cit.*, 200, p. 31: “Autoriza controlar o conteúdo material do Direito Penal, seja no que concerne ao objeto da tutela penal (ao bem jurídico), seja no que diz respeito à exigência do conteúdo ofensivo do delito, sem a qual não resulta legitimada a intervenção penal”. Cf. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho...**, *op. cit.*, 1996, p. 209: “Em um Estado de Direito dos direitos fundamentais, a intervenção punitiva só pode se justificar com referência a condutas transcendentais para os demais e que afetem as esferas de liberdade alheias, sendo contrário ao princípio da ofensividade o castigo de uma conduta imoral antiética ou antiestética que, em absoluto, invada as liberdades alheias e, especificamente, incida na liberdade de operar dos demais. Deste modo, pode-se dizer que dignidade do bem jurídico tem um duplo requisito: formal – sua relevância constitucional – e material – sua incidência nas esferas de liberdades alheias”. (Grifo nosso).

<sup>115</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio...**, *op. cit.*, 2002, *passim*.

<sup>116</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, *op. cit.*, 2009, p. 69-71.

<sup>117</sup> Por não ser foco deste trabalho, remete-se o leitor à obra citada.

<sup>118</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 338 *et seq.*

como com os princípios da proporcionalidade, da equidade e da certeza das penas”<sup>119</sup>; “quando proibir? (responde com os) princípios da necessidade e da lesividade, da materialidade, da culpabilidade”<sup>120</sup>; “como proibir? (responde com os) princípios da regulatividade e da taxatividade das normas penais”<sup>121</sup>.

Nesta perspectiva de enlace entre as disciplina jurídica é notável que a relação de interdisciplinariedade não se justifica apenas pelo caráter hierárquico estabelecido em nosso sistema, mas tem origens de identidade histórica que nos revelam as necessidades sociais de um época de transição e proteção de bens jurídicos individuais, portadores de sujeitos determinados, que com mais razão ontológica faz criar um nova ciência (a constitucional, com o início do constitucionalismo moderno) e modificar a forma de pensar, sistematizar e aplicar os instituto e tutela penal a partir de dogmas e métodos, destarte, conferindo caráter científico ao Direito Penal que até então era mero coadjuvante no sistema jurídico que vem de herança romana.

Daí o porquê de nosso trabalho apresentar como mais um objetivo específico à análise do Estado Democrático e Social de Direito como postulado constitucional que legitima a lesividade/ ofensividade a proteção de bem jurídico penal como princípio implícito decorrente, revelando o caráter imbricado axio/ontológica das disciplinas.

## PARTE II

### DOGMÁTICA PENAL

---

<sup>119</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 355 *et seq.*

<sup>120</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 421 *et seq.*

<sup>121</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 461 *et seq.*

## CAPÍTULO 2 – MARCHA E CONTRAMARCHA DOS ASPECTOS HISTÓRICOS E JUSFILOSÓFICOS DA DOGMÁTICA PENAL CLASSICA AO DESEMBOQUE NA TUTELA PENAL ECONÔMICA

“As únicas pessoas que realmente mudaram a história foram os que mudaram o pensamento dos homens a respeito de si mesmos”.

Malcolm X.

Em atenção ao que preleciona Luciano Oliveira<sup>122</sup> no artigo intitulado “Não fale do Código de Hamurabi”, com o objetivo de lançar luzes à orientação da pesquisa socio-jurídica na graduação e pós-graduação dos cursos jurídicos quanto aos equívocos praticados, *e.g.*, “universalismo a-histórico”, “manualismo”, “reverencialismo” etc., e somado às orientações de Ricardo de Brito A. P. Freitas<sup>123</sup> quanto à importância da compreensão do sentido e fundamento dos institutos penais a partir de uma abordagem histórica do Direito Penal, buscase, por um lado, não incorrer no erro do “universalismo a-histórico”<sup>124</sup>, e por outro, não

<sup>122</sup> OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi. Disponível em: <[http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA\\_Luciano\\_.Nao\\_fale\\_do\\_codigo\\_de\\_Hamurabi.pdf](http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA_Luciano_.Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf)>. Acesso em: 29 de outubro de 2011.

<sup>123</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**: Fundamentos do Direito Penal Moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 1-4.

<sup>124</sup> Cf. OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi. Disponível em: <[http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA\\_Luciano\\_.Nao\\_fale\\_do\\_codigo\\_de\\_Hamurabi.pdf](http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA_Luciano_.Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf)>. Acesso em: 29 de outubro, pp. 11-12: “Num trabalho sobre justiça tributária, seu autor, em não mais do que meia página, faz um percurso de milhares de anos que começa com os egípcios – entre os quais já se falava em contribuição dos habitantes para com as despesas públicas de acordo com as possibilidades de cada um –, passa naturalmente pelo império romano e, no parágrafo seguinte, já está no Brasil da Constituição de 1988, a qual, obviamente, proclama todos os princípios de justiça tributária que os egípcios já intuam... No trabalho sobre a lesão nos contratos, já referido, o seu autor, discorrendo sobre a teoria da imprevisão, diz que ela já está bem delineada no Código de Hamurabi: ‘Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita...’ etc., etc. Perguntar-se-ia: qual é o problema? A resposta é plural. Em primeiro lugar, é preciso observar que esse tipo de história – que, muito grosso modo, poderíamos classificar como pertencendo à linha do “evolucionismo”, onde as normas e valores do presente já existem em embrião no passado mais longínquo –, está, de um modo geral, em desuso entre os historiadores há bastante tempo. Vejam bem: não se trata de descartar inteiramente uma história desse tipo, mas advertir contra o seu uso inocente. O seu desuso atual, por exemplo, não significa necessariamente que esse tipo de história não possa ter lugar. O problema é que o jurista-autor – semelhantemente ao personagem de Molière que fazia prosa sem o saber – adota um viés evolucionista sem consciência do que está fazendo. Um evolucionismo, aliás, que em tudo se assemelha ao cumprimento de um simples ritual, pelo fato de essas incursões históricas não serem o fruto de uma pesquisa original, mas, via de regra, uma compilação de informações e autores os mais diversos e variados – muitas vezes

negligenciar a gênese do que se pretende abordar adiante, apresentando-se o terreno onde deita raízes o Direito Penal Econômico. Para tanto, enfoca-se, como já traçado na introdução, num primeiro momento, a dogmática penal clássica; depois a dogmática penal econômica; e, finalmente, a tutela penal da Lei 8.137/90<sup>125</sup>, considerando aspectos relevantes sobre bem jurídico, tipicidade, tipo e os seus principais protagonistas.

O fio condutor que gera conectividade e legitima a construção do presente capítulo é o desenvolvimento histórico e jusfilosófico da dogmática penal clássica e o seu desemboque na dogmática penal econômica a partir da abertura do tipo penal, ou seja, é preciso entender como o Direito Penal ao longo de sua trajetória científica se comportou e quais as exigências sociais que lhe impulsionaram para um giro metodológico.

A abertura do tipo penal foi fruto da necessidade de vencer o limite da taxatividade e para tanto foi lançado mão dos institutos da norma penal em branco, assim como a criação dos crimes de perigo abstrato e concreto.

A norma penal em branco, conforme mais adiante se estudará, foi uma criação de Binding, ainda que não tenha assim denominado, e seu objetivo era suprir deficiências apresentadas pelo Código Penal da Prússia (1872). Binding dizia que se tratava de “um corpo errante em busca de uma alma”, além de ressaltar a distinção entre norma e lei. Sendo assim, o estudo da legislação penal consumeirista demanda uma visão jusfilosofica que explicitará o giro metodológico ocorrido como fruto de exigências sociais no perpassar do tempo.

A lei 8.137/90 em especial ao dispositivo que nos ocupamos neste estudo, qual seja: a primeira parte, do inciso II, do art. 7º, contempla os respectivos institutos de abertura do tipo penal: norma penal em branco e crime de perigo, com o fim de ultrapassar os limites impostos pela taxatividade, princípio este consectário da legalidade, e, via de consequência, afastando a provável inconstitucionalidade.

---

colocados lado a lado sem um fio que os costure –, hauridos mais uma vez em manuais ou livros de divulgação, e não em literatura especializada e específica. Ainda que uma perspectiva histórica de tipo evolucionista tendo o “europeocentrismo” como corolário estivesse correta, é de se perguntar para que serve afinal – como vi recentemente –, numa dissertação tratando de problemas trabalhistas brasileiros no começo do século XXI, a menção ao Código de Hamurábi como a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, o que é sem dúvida um anacronismo, e – anacronismo ainda maior – como precursor do moderno salário mínimo! Prosseguindo na sua linha de reflexão crítica, Miaille qualifica esse viés de ‘**universalismo a-histórico**’ [grifo nosso].

<sup>125</sup> BRASIL. Lei ordinária Federal 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm) >. Acesso em: 4 de junho de 2012.

A dita abertura do tipo penal através do mecanismo de construção de crimes de perigo tem levantado calorosas discussões que se baseiam em analisar a possibilidade concreta do giro metodológico que se fez (e que se faz) necessário ao longo da história jusfilosófica da ciência penal. Em miúdos, é um constante embate entre os conceitos concebidos na estruturação científica do tipo penal com base em bens jurídicos individuais e concretos – exigência da sociedade de outrora – e os bens jurídicos transindividuais e abstratos – exigência da sociedade atual, ou como denominado hodiernamente sociedade de risco -.

Quanto aos expoentes que protagonizaram o desenvolvimento dogmático e jusfilosófico ao longo da história penal, em um processo de marcha e contramarcha, esclarecemos que muitos foram os autores deste processo, assim como muitas foram as doutrinas que se contrapunham<sup>126</sup> desde o século XIX, quando o Direito Penal, efetivamente, tomou contornos de cientificidade<sup>127</sup>, porém optamos, conforme a metodologia que segue nos capítulos seguintes, em agrupar alguns expoentes a partir do tema comum, fruto do embate entre os mesmos e da sequencialidade dos respectivos protagonistas. Embora que, em diversas passagens, tal escolha metodológica tenha sido quebrada pelo entrecruzamento ou imbricação dos temas e dos respectivos expoentes, de forma que é possível constatar a presença dos mesmos em agrupamentos diversos taxiológicamente.

Enfim, o presente capítulo, é do todo pertinente, pois possibilitará uma ampla visão histórica e jusfilosófica quanto ao bem jurídico, quanto à tipicidade e quanto ao tipo penal, desde sua formação científica ao giro metodológico exigido pelas atuais necessidades sociais. Dito de outra forma, a contribuição que os assuntos aqui abordados trarão para interpretação da Lei Federal 8.137/90 é que na tipicidade em formação se tem o conceito de norma penal em branco e tal conceito é determinante para referida lei, uma vez que a própria noção de relação de consumidor, de economia, de tributo, de financeira nacional, de relações cambiais e falimentares, de processamento de dados, a dignidade e valorização do trabalho humano, a propriedade privada e respectiva função social, a liberdade de iniciativa econômica e a de livre concorrência, são normas penais em branco.

---

<sup>126</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale** – Parte Generale. 12. ed. rev. e atual. por Luciano Pettoello Mantovani. Padova: Cedam, 1986, p. 20: “*Quando si parla, dunque, di liberalismo nel campo penalistico non si può fare riferimento ad un insieme chiaro, ordinato, homogêneo di dottrine, ma ad un complesso de concezione tra loro diverso e spesso, sotto certo aspetti, contrastanti, le quali hanno in comune l'esigenza di garantire l'individuo nei suoi diritti di libertà contro ogni arbitrário intervento statale.*”

<sup>127</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina. 2012, p. 119.

## 2.1 Precedentes históricos e jusfilosóficos da dogmática penal clássica: perspectivas quanto aos principais expoentes que contribuíram para formação das bases científicas do bem jurídico, da tipicidade e do tipo penal

O desenvolvimento da teoria do crime está relacionado à ideia de cientificidade do Direito Penal, conforme magistério de Cláudio Brandão<sup>128</sup>. Por método se entende o caminho para a investigação de um objeto<sup>129</sup>; logo, as ideias de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são metalinguagem em relação à linguagem das normas, não possuem paradigmas no mundo real e se apresentam como retórica para conferir individualização ao Direito Penal. A prova disso é que utilizamos a metodologia sequencial<sup>130</sup>.

Welzel dizia que a metodologia sequencial consistia em três estágios: um seqüenciado pelo outro conduz a um alto grau de racionalidade e segurança jurídica, porque o elemento antecedente será pressuposto necessário do elemento subsequente: (1º) tipicidade; (2º) antijuridicidade e (3º) culpabilidade<sup>131</sup>. A prova, que é uma construção retórica, está na própria construção do saber penal. Observando-se a data das construções, percebe-se que a base de tudo foi o princípio da legalidade<sup>132</sup>, a partir Feuerbach (1801), com a máxima *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*. Daí se conclui que a primeira coisa a ser estudada,

<sup>128</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 26, *in verbis*: “A dogmática penal é sustentada através de três grande pilares: a teoria da pena, a teoria do crime e a teoria da lei penal. A teoria do crime, entretanto, é a que mais se desenvolveu com vista a conferir cientificidade ao direito penal.”

<sup>129</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**. Tradução: José Carlos Gobbis Pagliuca; revisão e tradução: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 9), p. 40-41.

<sup>130</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 26-27, *in verbis*: “A dogmática penal é sustentada através de três grandes pilares: a teoria da pena, a teoria do crime e a teoria da lei penal. A teoria do crime, entretanto, é a que mais se desenvolveu **com vistas a conferir cientificidade ao direito penal**. [...] A teoria do crime confere cientificidade para o direito penal porque ela representa um método. Com efeito, caberá a teoria do crime construir um arcabouço conceitual para que a ação seja convertida em delito, portanto ao estabelecer esquemas conceituais necessários para a qualificação do comportamento (como um crime) ela é um método. Porém, o método da teoria do crime não esgota o direito penal. É que a consequência (pena), que necessita logicamente de uma causa (crime) é conceitualmente distinta da sua causa. Assim, é necessário um método diverso para aplicação da pena, que será o método limitador da violência aplicada a um sujeito por este ramo do direito. Este segundo método traduzirá a aplicação concreta do tipo penal, o qual traz a descrição do comportamento proibido associado a uma pena, em uma sentença”. (grifo nosso)

<sup>131</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**, trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica do Chile, 1970, p. 79; BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 134. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 46-48.

<sup>132</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 3-5.

historicamente, não foi a tipicidade, mas a culpabilidade, o que será visto mais adiante em detalhes<sup>133</sup>.

Antes de incursionar neste desenvolvimento jusfilosófico, é necessário considerar o embrião da dogmática penal, ou seja, de onde se extraem os elementos da teoria do crime, uma vez que os tratados de Direito Penal se preocupavam mais com a pena do que com a teoria do crime. Formulam-se tais concepções a partir de três Direitos<sup>134</sup>: o Romano, o Canônico e o Germânico; mas dizer só isso é dizer nada como resposta ao questionamento acima. Daí exsurge outro questionamento imprescindível: por que as bases do Direito Penal são formuladas a partir desses três Direitos? Os romanos não conheceram uma parte geral do Direito Penal<sup>135</sup> e isto é muito significativo, pois o Direito Penal só tem esse eco que lhe dá cientificidade por conta da parte geral. A ausência da parte geral implicava a falta de importância da teoria do crime.

Muñoz Conde preleciona: “para que o Direito Penal tivesse *status* de ciência foi necessário desenvolver os elementos que individualizassem a conduta penal”. Esses elementos são apenas referentes à teoria do crime, daí a importância desta para o Direito Penal como um todo. Dizer que os romanos não tinham uma parte geral é ressaltar a deficiência deles no que diz respeito à teoria do crime<sup>136</sup>. Paradoxalmente, se não fossem os romanos nós não desenvolveríamos a teoria do crime<sup>137</sup>.

Teodoro Mommsen, o maior dos romanistas, considerava em seu magistério que em nenhum momento do Direito Romano foi abolida a discricionariedade penal do Pretor<sup>138</sup>. O Pretor poderia aplicar penas que não tivessem sido conhecidas e incriminar condutas que não

---

<sup>133</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico – penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad., prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 46-47. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 30 *et seq.*

<sup>134</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História** – lições introdutórias. 3. ed. /2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2009, p. 13-115 e SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. 170 anos de legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 1824 e no Código Criminal do Império. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 32, pp. 164-185, out./dez., 2000, p. 166-167.

<sup>135</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**: v. 1 – Parte Geral. 8. ed. corrigida, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 167.

<sup>136</sup> Cf. CRETELA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno**: introdução ao direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2: “Os romanos foram *gigantes* do direito privado e *pigmeus* do direito público”.

<sup>137</sup> CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**: v. I, reimpressão, col. Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, dezembro de 2010, p. 81.

<sup>138</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 18-20.

o houvessem sido até então. O Direito Penal era uma construção pretoriana, ou seja, uma atividade dos pretores<sup>139</sup>.

Os institutos que foram mais desenvolvidos no Direito Romano correspondem hodiernamente à parte especial (crime em espécie), porém para haver a pertinência do sujeito com o Direito (*jus*) exigia-se a manifestação da vontade, isto porque se não houvesse vontade, a controvérsia só poderia ser resolvida pelo Direito obrigacional. O que se denomina culpa, para os romanos era um *quase delictum* e estava, portanto, fora do Direito Penal. Durante aproximadamente dez séculos<sup>140</sup> de vigência do Direito Romano essa afirmativa só comportou uma curta exceção, feita exclusivamente para o homicídio, à época do imperador Adriano (117-138 d.C.)<sup>141</sup>. A negligência era um *castigatio* ou prevenção disciplinar (v.g., caso de evasão); somente após Adriano e com a extraordinária *cognitia* se infligia pena moderada e grave aos homicídios negligentes<sup>142</sup>.

Apesar de não existir parte geral, os romanos foram os pais do conceito de dolo, e não é por acaso que a base da tipicidade foi extraída do conceito de dolo do Direito Romano. Mommsen afirmava que o Direito Penal romano era impregnado de conteúdo moral<sup>143</sup>, logo, é

---

<sup>139</sup> Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos... *op. cit.*, 2012, p. 27-28; BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 137; CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal** - A (re) definição do conceito de culpabilidade: análise da obediência hierárquica no direito internacional penal e no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 9, nota de rodapé 36, *in verbis*: “O pretor, antes de assumir o cargo de julgador, publicava seus próprios editos. Não obstante, como direito o direito era calcado no costume – *consuetudo est altera lex*– ele tinha, em um caso concreto, amplas possibilidades para julgar. Poderia, inclusive, negar vigência ao seu próprio edito para construir uma decisão boa e justa.

<sup>140</sup> BRANDÃO, Cláudio. Legalidade e Cristianismo: Aproximação Hermenêutica. In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 44. Em sentido contrário quanto ao período de conquistas e ocupações do Império romano, ver CRETELA JÚNIOR, José. **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 2-3, *in verbis*: “[...] Num primeiro sentido, a referida expressão designa o conjunto de regras jurídicas que vigoraram no Império romano durante cerca de doze séculos, ou seja, desde a fundação da Cidade, em 753 a.C., até a morte do imperador Justiniano, em 565 depois de Cristo (para outros até 1453)”. Em recente obra jurídica, BRANDÃO se posiciona no sentido de que durou aproximadamente treze séculos o Direito Romano, *in verbis*: “O direito romano, engendrado desde a fundação de Roma à república, durou aproximadamente 13 séculos, sendo uma construção mais que milenar que muito deve a experiência, isso porque esse direito foi por excelência costumeiro, estendendo-se desde a fundação de Roma (750 a. C) até o apogeu do período de Justiniano (550 d.C), que determinou a reunião do direito existente até então” (BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 122).

<sup>141</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. 1. 11. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31.

<sup>142</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 168.

<sup>143</sup> Cf. MOMMSEN, Theodore. **El Derecho Penal Romano**. Madri: España Moderna, 1898, p. 72; BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 137; CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal...**, *op. cit.*, 2012, p. 9-10.

claro que ele não poderia ser forjado na legalidade, pois esta possui conteúdo moral contingente e não conteúdo moral necessário<sup>144</sup>.

[...] Não ficou abolido de maneira alguma o arbítrio do magistrado; ainda agora podia este castigar fatos não fixados como delitos pela lei, sem atender a procedimento algum determinado de antemão pela mesma, fixando a medida da pena a seu arbítrio<sup>145</sup>.

Segundo Cláudio Brandão<sup>146</sup>, isso significava que a legalidade não era a fonte por excelência do Direito Penal romano; em outras palavras, o Pretor não estava vinculado à lei, sendo seu ofício comparado à arte. Eis uma definição de Celso: o Direito é uma arte do bom e do equitativo – *jus est ars boni aequi*<sup>147</sup>. Caberia ao Pretor, tal como a um artesão, a construção de uma decisão<sup>148</sup>. Nesta construção a cultura balizava a regra de conduta; daí não se poder afirmar que a norma costumeira não tinha papel proeminente. O costume era a principal fonte do Direito Penal, sendo essa a fundamentação do conceito de dolo dos romanos<sup>149</sup>.

Discorrendo sobre a temática, Ricardo Freitas<sup>150</sup>, em ensaio intitulado “Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência punitiva”, traz raciocínio diferenciado quanto ao modo de pensar de Mommsen em face do Direito Penal romano: havia o princípio da legalidade, porém como mera legalidade e não como estrita legalidade. Vale a pena conferir as exatas palavras do autor:

<sup>144</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** – v. 1. Biblioteca Tempo Universitário, n. 75, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45-46: “A moralidade não é um conceito perene, mas um conceito que varia como a cultura. A palavra ‘necessário’ tem mais de um sentido; aqui não é o contrário de desnecessário, mas o contrário de ‘contingente’. Necessário é o que integra a substância do ser, logo é o seu núcleo invariável”.

<sup>145</sup> MOMMSEN, Teodore. **El Derecho...**, *op. cit.*, 1898, p. 59.

<sup>146</sup> BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-Constitucional do Direito Penal. *In*: Luiz Regis Prado (Coord.). **Direito...**, *op. cit.*, 2007, p. 127; BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 19; BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. *In*: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 126.

<sup>147</sup> BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-Constitucional do Direito Penal. *In*: Luiz Regis Prado (Coord.). **Direito...**, *op. cit.*, 2007, p. 127 e BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 19.

<sup>148</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 18-19; BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. *In*: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 125.

<sup>149</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 30.

<sup>150</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência punitiva. *In*: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 369.

Mommsen defende o ponto de vista de que o direito penal romano surge no mesmo instante em que surge o direito penal estatal – formado pela **lei escrita e pelo costume** –, destinado a limitar o arbítrio judicial. Segundo ele, neste período a norma “designa objetivamente quais são as ações imorais”. Procedendo deste modo, ela “organiza de um modo positivo o procedimento para persecução daquelas”, de modo a determinar qual a sanção que deve ser imposta a cada tipo de delito. Por conseguinte, diz o autor, a partir do momento em que surge o direito escrito e estatal, já “não pode mais haver em Roma nenhum delito sem prévia lei criminal, nenhum procedimento penal sem prévia lei processual, nenhuma sem prévia lei penal”. [ ] A concepção de Mommsen acerca da legalidade no direito penal romano republicano é, sem dúvida, bastante limitada, podendo, inclusive, induzir o leitor a acreditar que o princípio da legalidade penal em sua plenitude esteve presente em Roma, o que é inexato. [ ] No máximo, nela se fazem presentes apenas os pressupostos do princípio representado pela noção de **mera legalidade**<sup>151</sup>. (Grifo nosso).

Quando os romanos definiram a fórmula *dolus malus*, ou seja, *sciens dolo malus*<sup>152</sup> – consciência do dolo mau –, a ideia de dolo nos romanos não era necessariamente negativa, pois considerava virtuoso o homem doloso, ou seja, aquele que empregava nas relações comerciais a sagacidade, considerada *dolus bonus*<sup>153</sup>. O Pretor usou do conceito de dolo para qualificar o elemento subjetivo que dava a pertinência da conduta com o Direito Penal. O que não fosse produto da vontade, ainda que violasse um bem jurídico, era considerado um *quase delictum* e estava fora do Direito Penal<sup>154</sup>. Estar fora do Direito Penal não significava estar fora da violência. Naquela época a violência não era monopólio do Direito Penal: *e.g.*, se o sujeito tinha uma dívida, ele podia ser morto e as partes do seu corpo seriam, na proporção da dívida, distribuídas aos seus credores<sup>155</sup>, porque os romanos acreditavam no deus familiar, e apenas a inumação, o sepultamento ritualístico, possibilitava a passagem do antepassado para a região dos mortos, o que lhe conferia a divindade. Significa que se o corpo não estivesse na posse da família, ela faria de tudo para buscar os meios pecuniários a fim de comprar as partes aos credores, visando à realização da inumação ritualística.

<sup>151</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência punitiva. In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio...**, *op. cit.*, 2009, p. 369.

<sup>152</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 137; CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal...**, *op. cit.*, 2012, p. 4-5.

<sup>153</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 168, e BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 137; CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal...**, *op. cit.*, 2012, p. 4-5.

<sup>154</sup> BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 127, nota de rodapé 22.

<sup>155</sup> Com efeito, aos herdeiros ou os sucessores que ocupassem o lugar do morto cabia, diante da morte do parente devedor, assumir todo ônus da obrigação pela prática de certos crimes graves, assim havia repercussões patrimoniais e desonrosas pelos fatos praticado em vida. (MOMMSEN. Theodore. **El Derecho...**, *op. cit.*, 1898, p. 75).

Por que exigir do Direito Penal esse elemento, se este será extraído das relações comerciais? Porque se vai dizer que há consciência do propósito do *dolus malus*<sup>156</sup>, a vontade aliada ao propósito mau<sup>157</sup>, isto é, a vontade aliada à consciência de antijuridicidade vai justificar a maior das violências conhecida por aquele Direito. Então a ideia do Direito Romano era unir um elemento que depende da fenomenologia humana, que não depende do Direito, que é a vontade aliada a um elemento que só tem existência em função do Direito, a saber, a consciência da antijuridicidade.

Esse conceito de dolo só pôde ser criado à luz de uma aplicação não legal do Direito. Caso se exija a consciência de um mau propósito, é preciso que a cultura seja a principal fonte do Direito. Na cultura em que o sujeito está imerso, ele dirige sua vontade para a realização do que é apontado culturalmente como mal, v.g., ele quis incendiar, matar, negar sacrifício aos deuses, ou quis realizar as condutas que a cultura identifica como má, que hoje não necessariamente são condutas criminosas. Observe-se que negar sacrifício era um crime gravíssimo, o que hoje em dia não é. Naquela época os imperadores eram considerados deuses<sup>158</sup>; negar isso era conspirar contra a própria existência do Estado. Era o sacrifício aos deuses e imperadores que garantia a proteção ao Império.

À época era crime ser cristão, pois os cristãos respeitavam e oravam pelos imperadores, mas não prestavam sacrifício. Foi no ano 379 d.C. que Constantino transformou a religião cristã em religião pessoal<sup>159</sup>. Antes de Constantino o cristianismo já não era mais perseguido, pois o imperador à época, Galeano (outrora atroz perseguidor dos cristãos), percebeu que eram infrutíferas as perseguições e deixou-as diante do argumento “Dai a César o que é de César, dai a Deus o que é de Deus”<sup>160</sup>. Acrescentava-se: “nenhuma autoridade poderia ser atribuída a Pilatos que não proviesse do alto”. Os cristãos respeitavam as autoridades, rezavam de forma cristã por elas, mas não lhes prestavam sacrifício, não comiam as carnes que eram dadas em sacrifício aos deuses, e portanto realizavam algo que

---

<sup>156</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 168.

<sup>157</sup> BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 129.

<sup>158</sup> Daí serem chamados de Augusto.

<sup>159</sup> BRANDÃO, Cláudio. Legalidade e Cristianismo: Aproximação Hermenêutica. In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio...**, *op. cit.*, 2009, p. 46, e BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 34; CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal...**, *op. cit.*, 2012, p. 3.

<sup>160</sup> Cf. os Evangelhos de Mateus (Mt., cap. 22, vers. 21), Marcos (Mc., cap. 12, vers. 17) e Lucas (Lc., cap. 20, vers. 25). **Bíblia Sagrada** – Ave Maria. Trad. Monges de Maredsous (Bélgica). Rev. Frei João José Pedreira de Castro, O.F.M. e equipe auxiliar da Editora. 70. ed.. São Paulo: Ave Maria, p. 1.311, 1.338 e 1.376.

culturalmente era criminoso. Foi assim por três séculos. É bem verdade que na tetrarquia<sup>161</sup>, na Gália, um dos tetrarcas, Constâncio, não perseguiu o cristianismo.

O fato é que o *dolus malus* dos romanos era produto da vontade aliada à cultura da época, por isso se exigia a consciência da ilicitude, e por isso, igualmente, o conceito de dolo não dependia da lei, mas da estrutura do Direito Romano, que foi costumeiro em sua essência<sup>162</sup>. Nesse sentido se dizia ser o conceito de dolo uma construção pretoriana, pois não poderia provir de uma lei que faria ato geral dissociado das práticas da época. É o conceito de *dolus malus* que estava na base da teoria do crime era o primeiro dos elementos dela. O dolo está a um só tempo na tipicidade e na culpabilidade; basta observar a consciência da antijuridicidade como centro da culpabilidade e a vontade como centro da tipicidade (tipicidade subjetiva) para os finalistas. Uma série de outros elementos foi adicionada a esse conceito, o que resultou na mudança da posição do dolo.

Para a teoria psicológica da culpabilidade<sup>163</sup> o dolo é só vontade. Já na teoria psicológico-normativa<sup>164</sup> o dolo é vontade mais consciência da antijuridicidade. Para a teoria finalista é só vontade, pois a consciência da antijuridicidade é um elemento autônomo. O dolo está no centro das discussões, pois não existe ação sem vontade. Isso é essencial para a sua compreensão, pois só havendo modificação do mundo exterior sem domínio (ao menos potencial) não se está diante de algo relevante para o Direito Penal, ainda que o bem jurídico seja violado.

Quanto ao fundamento ou a base dos outros institutos, *e.g.*, o erro, este foi o mais elaborado instituto que os romanos construíram, pois, conforme Brandão é um dos estudos mais árduos da doutrina romana<sup>165</sup>. Ele representava o próprio sentimento de Direito que os romanos tinham, porque o conceito de Direito é ligado ao conceito de decisão boa e justa.

---

<sup>161</sup> Tetrarquia – quatro imperadores. Uma das sedes se encontrava na Gália.

<sup>162</sup> BRANDÃO, Cláudio. Legalidade e Cristianismo: Aproximação Hermenêutica. In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio...**, *op. cit.*, 2009, p. 44; BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 125; FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência punitiva. In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio...**, *op. cit.*, 2009, p. 370; CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal...**, *op. cit.*, 2012, p. 9.

<sup>163</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria...**, *op. cit.*, 2002, p. 138-140.

<sup>164</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria...**, *op. cit.*, 2002, p. 140-142.

<sup>165</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria...**, *op. cit.*, 2002, p. 187.

Criaram a seguinte dicotomia: “erro de fato e erro de direito” (*error facti* e *error juris*)<sup>166</sup>. Acrescente-se que tal distinção é muito mal compreendida nos dias de hoje<sup>167</sup>.

O **erro de fato**<sup>168</sup> é o desconhecimento de um elemento objetivo que possibilite a formação do dolo. Já o **erro de direito** era a ignorância e o desconhecimento dos costumes; os romanos diziam que “o desconhecimento da lei não aproveita ao agente”<sup>169</sup>, pois eles não tinham a noção de lei positiva, lançando mão tão só da lei costumeira. Não havia lei a estabelecer um comando geral dado pelo Senado e pelo Imperador para o Império. Repetindo: o erro de direito era a ignorância e o desconhecimento dos costumes.

Não se pode concluir que inexistissem as leis; elas existiam. Havia uma série de leis que representavam muito para o Direito Penal, *e.g.*, a *lex juliae*<sup>170</sup>, que trata do parricídio, a *lex corneliae*<sup>171</sup>, a respeito do homicídio etc. O desconhecimento da lei era comparado ao desconhecimento da cultura ou do costume, significando que o desconhecimento da lei era semelhante ao nosso desconhecimento da antijuridicidade, porém a regra da inescusabilidade não era absoluta, pois aqueles que não estavam imersos na cultura não eram obrigados ao conhecimento da lei.

Pasquale Voci, autor italiano do século XIX, em seu livro *L'errore nel Diritto Romano*, ensinava que a regra do desconhecimento da lei conhecia quatro exceções: (1) no caso dos soldados; (2) das mulheres; (3) dos menores; e (4) dos camponeses/ rústicos. Os

<sup>166</sup> VOCI, Pasquale. **L'errore nel Diritto Romano** (R. Università di Roma – pubblicazioni dell'istituto de diritto romano dei diritti dell'oriente mediterraneo e di storia del diritto, v. I). Milano: Giuffrè, 1937-XV, *passim*.

<sup>167</sup> Tratando da distinção entre erro de tipo e erro de proibição, segue a opinião de WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 127: “A distinção entre erro de tipo e o erro de proibição gera dificuldades que estão condicionadas historicamente, porque foi sempre confundida com a falsa distinção do Digesto: *error facti* e *error iuris*. Erro de tipo é o desconhecimento de uma circunstância *objetiva* pertencente ao *tipo*, tanto de natureza fática (descritiva) como normativa. Erro de tipo não é apenas, por conseguinte, um erro sobre os ‘fatos’ – como coisa, corpo, causalidade –, mas também sobre o ‘caráter alheio’ da coisa a ‘retenção’ (no art. 137), ‘documento’, ‘funcionário’ etc. A esse respeito basta o conhecimento no sentido de um juízo paralelo na consciência do autor (BGH, 4, 352; Welzel, JZ 54, 278; 55, 455). [ ] Erro de fato e erro de direito, por um lado, e erro de tipo e erro de proibição, por outro, são, conseqüentemente, dois pares de conceitos completamente diferentes”.

<sup>168</sup> Cf. WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 12, criticando a locução: “A expressão ‘erro de fato’ é completamente inadequada (a de ‘erro sobre o fato’ é também equivocada). A diferença decisiva entre as duas classes de erro não diz respeito ao contraste: fato – conceito jurídico, mas à distinção: tipo – antijuridicidade. Aquele que toma alguma coisa de outrem, acreditando erroneamente que é sua, incorre num erro de tipo (não sabe que toma uma coisa *alheia*). Aquele que crê, pelo contrário, que tem o direito à autodefesa para tomar alguma coisa de outrem (por exemplo, o credor ante o devedor insolvente) incorre num erro sobre antijuridicidade de sua conduta. Aquele que não sabe que a coisa de que dispõe está penhorada incorre num erro de tipo; aquele que sabe, mas acredita equivocadamente que tem o direito de dispor dela, incorre num erro de proibição”.

<sup>169</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. t. 2º (fato punível), 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 113.

<sup>170</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 31.

<sup>171</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 31.

quatro poderiam desconhecer a cultura romana sem que houvesse possibilidade de intervenção penal no caso de algum cometimento do ilícito.

As pessoas as quais se devem ajudar em caso de efeitos danosos por erro de direito são **os menores, os rústicos, os soldados e as mulheres**. A extensão e a forma do auxílio variam caso a caso. O trabalho foi iniciado pelos pretores e continuou pelos imperadores. O princípio geral é que o auxílio é concedido enquanto a pessoa ajudada não lhe seja imputado um ato moralmente e socialmente reprovável.<sup>172</sup> (tradução e grifo nossos).

O serviço militar romano ocorria em toda a extensão do Império, daí os soldados ficarem isolados das suas culturas. Os deslocamentos das tropas cumpriam as atividades dos correios; somente os oficiais se deslocavam de barco ou a cavalo, os soldados tinham de ir a pé. Existiam inúmeras paradas chamadas de entrepostos. Essa organização fazia com que as comunicações chegassem ao Império, mas obrigava também o centurião – alguém que integrava a centúria romana – a passar muito tempo fora do seu local de moradia. Assim, o tempo muda a cultura<sup>173</sup>, e se muda a cultura, muda a norma, o que poderia levá-lo a alegar o desconhecimento desta. O desconhecimento da lei romana equivalia ao desconhecimento da norma cultural, que poderia ser alegado por quem se achava fora do seu ambiente.

As mulheres não tinham acesso à educação e eram alijadas do processo educativo. O processo educativo não era semelhante ao nosso. Era personalizado, ou seja, contratava-se um gramático que ensinava retórica, gramática e dialética, o *trivium*<sup>174</sup>. Depois se contratava um *rector* (*rhetor*), que ensinava o *quadrivium*<sup>175</sup>: astronomia, música, aritmética e geometria. Só com tais instruções era possível a ascensão aos cargos do Império<sup>176</sup>.

Os menores também justificavam sua inimputabilidade em razão da falta de maturidade psicológica para compreender a cultura e suas respectivas consequências. Da mesma forma que os demais, os aldeãos (ou camponeses rústicos) que não tinham capacidade de compreensão da lei baseada nos costumes, justificavam a proteção pretoriana.

<sup>172</sup> VOCI, Pasquale. **L'errore...**, *op. cit.*, 1937- XV, p. 220. Tradução livre do trecho: “*Le persone, cui si viene em aiuto in caso di effetti dannosi dell'error iuris, sono i minori, i rustici, i soldati, le donne. La misura e il modo dell'aiuto variano da caso a caso. L'opera è stata iniziata dal Pretore e continuata dagli Imperatori. Principio generale è che l'aiuto vien concesso in quanto ala persona da aiutare non sai imputabile um atto moralmente e socialmente riprovevol*”.

<sup>173</sup> Aqui reside a explicação de que o conteúdo moral é contingente e não necessário.

<sup>174</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus: Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal. 1640-1820.** Coimbra: Almedina, julho de 2003, p. 341; BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 26, e LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 120.

<sup>175</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito...**, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>176</sup> BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 138.

Não existe uma regra absoluta que presuma o conhecimento da lei para os romanos. Como já dito, o Direito Romano, via de regra, não é positivo, mas costumeiro. É muito mais difícil alguém conhecer a cultura do que conhecer uma norma positiva e geral, emanada de um órgão do Estado, que pode ou não ter identidade com a cultura. Muitas leis romanas não tinham relação com a cultura da época, como também acontece hodiernamente. A problemática do erro é vinculada à problemática da consciência da antijuridicidade, ao desconhecimento da cultura daquela época. Aí residiam as bases extraídas por Binding<sup>177</sup> na substância, e por Zu Dohna na nomenclatura<sup>178</sup>, para a formação do moderno conceito de erro. O moderno conceito de erro de proibição é tido por Welzel como a principal consequência para a teoria finalista da ação.

O finalismo busca uma característica pessoal para o injusto, v.g., o dolo, a vontade etc. O que está na base da culpabilidade no finalismo é a consciência da antijuridicidade, por isso a principal consequência do finalismo é o erro de proibição. O conhecimento da relevância de consciência de antijuridicidade é extraído, em última análise, do Direito Penal romano. Os romanos vão além em suas influências, derivando do Direito Penal romano o reconhecimento do direito de necessidade, denominado de *jure necessitatis*. Não se está falando de legítima defesa, pois sempre se baseia na ideia de reação. O direito de necessidade não era fundado na ideia de reação, mas sim na ideia de conflito.

A filosofia apresenta o direito de necessidade com Cícero no “Tratado da República”<sup>179</sup>, porém as decisões pretorianas ilustram de forma mais técnica (própria do direito da época) o direito de necessidade. Caso a mulher fosse estuprada e escondesse o fato do marido para evitar o repúdio, isso não era tido como criminoso, porque o dano do repúdio era tão gravoso para a mulher que ela estaria em uma situação de conflito. Mais tarde essa ideia foi chamada de conflito de bem jurídico, mas os romanos intuía a ideia do objeto de tutela por conta do direito de necessidade<sup>180</sup>. Igualmente, era o direito de necessidade que permitia a invasão da casa alheia para conter um incêndio em contrarrazão à inviolabilidade do domicílio. Conflito: invasão de domicílio<sup>181</sup> *versus* integridade física e material.

---

<sup>177</sup> VOICI, Pasquale. **L’errore...**, *op. cit.*, 1937, XV, p. 178 *et seq.*

<sup>178</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 128, comentário do autor.

<sup>179</sup> CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**: v. II, reimpressão, col. Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, dezembro de 2010, p. 70-71.

<sup>180</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 124-125.

<sup>181</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 124.

A ideia de reação da legítima defesa surge não por conta do Direito Romano, mas por conta do Direito Canônico. O conceito de legítima defesa não é a ideia que está na base do Direito Romano. Os romanos nem sequer aventavam tal ideia<sup>182</sup>.

Cícero baseia o direito de necessidade que exclui o crime na ideia de conflito. O exemplo da tábua de salvação usada hoje é à base da necessidade da filosofia de Cícero. *Tábua de Carneades (tabula unius capax)*<sup>183</sup>:

A justiça proíbe ao homem matar o seu semelhante e apoderar-se do bem alheio. Que fará o justo se em um naufrágio vir o homem mais débil que ele apoderar-se de uma tábua de salvação? Não lhe arrebatará a tábua para colocar-se nela e salvar-se, sobretudo se não há nenhuma testemunha no mar? Se é prudente assim agir, porque de outro modo terá de perecer<sup>184</sup>.

Tanto a filosofia quanto a prática excluía a pena do crime no caso do direito de necessidade<sup>185</sup>. Embora os romanos não tenham criado uma teoria geral da antijuridicidade, eles já deram seus fundamentos. A ideia de conflito, que mais tarde será a ideia de conflito de bem jurídico, também está na base da legítima defesa, mas esta é provocada por uma reação a uma agressão injusta.

A base, portanto, do Direito Penal que tem como marco científico a teoria do crime não é dissociada do período romano. Embora a construção dos institutos tenha sido feita no século XIX, pode-se afirmar com segurança que tal construção foi uma rearrumação, isto é, partiu-se dos dez séculos de experiência para a construção dessa nova dogmática<sup>186</sup>.

Por que a dogmática penal surge na Alemanha? Os alemães seguem o Direito Romano positivado; os códigos nesse país surgiram apenas no final do século XIX, v. g., o Código

<sup>182</sup> Em sentido contrário se posiciona Leonardo Siqueira, Tratando da legítima defesa no Direito Romano, *in verbis*: “No direito romano não se pode falar, devido a sua ‘vida’ milenar, numa legítima defesa uniforme, plenamente desenvolvida durante toda duração do Império Romano. Diversamente este instituto foi se desenvolvendo lentamente, até chegar, na época de Justiniano, a uma quase verdadeira codificação. [ ] O direito de legítima defesa surge com a lei das XII Tábuas, quando esta passa a absolver o causador da morte de uma pessoa que furta à noite.” (SIQUEIRA, Leonardo. Gênese da legítima defesa como ponto de união entre o direito romano e o direito canônico. *In*: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 542).

<sup>183</sup> CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*: v. II, reimpressão, col. Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, dezembro de 2010, p. 70.

<sup>184</sup> Cícero. **Tratado de la República**. Tratado de las Leyes. Catilinárias. México. 1991, p. 58.

<sup>185</sup> Frise-se que, segundo Maurach, existe um provérbio em alemão que diz: a necessidade carece de lei – *Not Kennt Kein Gebot*. (MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. Ano IV. N. 15. Outubro/dezembro de 1966, p. 19-35).

<sup>186</sup> BRANDÃO, Cláudio. Legalidade e Cristianismo: Aproximação Hermenêutica. *In*: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio...**, *op. cit.*, 2009, p. 44.

Penal surgiu em 1871 (Código Penal unificado Alemão)<sup>187</sup>; o Código Civil também, mas não no início do século XIX, com as famosas obras de Friederich Carl von Savigny<sup>188</sup> e Rudolf von Ihering<sup>189</sup>, respectivamente, “O espírito do Direito Romano” e o “Sistema do Direito Romano positivo atual”. Na Alemanha utilizava-se o Direito Romano como Direito positivo; não um Direito Romano qualquer, mas, segundo a Glosa de Acúrsio (Accursio)<sup>190</sup>, conforme Zaffaroni, tudo isso dá base à construção das Escolas penais. Curiosamente, na Alemanha houve o desenvolvimento da dogmática penal porque o Direito Romano era positivo e serviu de paradigma. Interessante é que Binding era alemão<sup>191</sup>, mas sua tese foi escrita em latim, demonstrando desse modo toda a influência do Direito Romano na Alemanha.

Carlos Magno inaugurou o Sacrossanto Império Romano Germânico. Os romanos foram destituídos pelos germânicos em 476 d.C. e logo os visigodos fizeram sua *lex romana visigothorum*.<sup>192</sup> Já Odoácro, que era o chefe do exercito visigodo (rei dos Hérulos<sup>193</sup>), intitulou-se, após a conquista de Roma, *rex romanorum* – rei dos romanos – e mandou as insígnias imperiais para o imperador do Oriente, afirmando que o mundo só precisava de um imperador romano. Os visigodos se colocaram como sucessores do Império romano, o que mais tarde foi assumido pela Igreja Católica<sup>194</sup>.

O Sumo Pontífice, durante toda a época do Império romano do Oriente e Ocidente, não era o Papa, mas o imperador. Quem presidia os concílios da Igreja era o imperador, já que naquela época não havia separação entre as Igrejas Católica e Ortodoxa. A própria ideia romana de imperador coincidia com a de Pontífice. Havia uma imbricação entre o Direito e a religião desde a formação do Império romano<sup>195</sup>.

<sup>187</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 54.

<sup>188</sup> MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Trad. Reinaldo Guarany; revisão da tradução Silvana Vieira. Cláudia Berliner; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 288 *et seq.*

<sup>189</sup> MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes...**, *op. cit.*, 2002, p. 400 *et seq.*

<sup>190</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 134, e CRETELA JÚNIOR, José. **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 5-6. BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. *In*: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 141-142.

<sup>191</sup> BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Traducción directa del alemán por Manuel Cancio Meliá; estudio preliminar de Germán Aller. Montevideo: BdeF, 2009, p. XII.

<sup>192</sup> BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. *In*: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 136.

<sup>193</sup> CRETELA JÚNIOR, José. **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 37-40.

<sup>194</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 119, e BOBBIO, Norberto. **O Positivismo...**, *op. cit.*, 2006, p. 31. BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. *In*: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 136.

<sup>195</sup> BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. *In*: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 139-140.

Curiosamente, Hitler chamava o nacional-socialismo alemão de Terceiro Império (III *Reich*), isso porque o primeiro império foi o Romano, o segundo império foi o Romano-Germânico, e o terceiro império seria o dele (Hitler)<sup>196</sup>. O símbolo do seu império era uma águia, copiando o símbolo do Império romano. Trocando em miúdos, os alemães sempre tiveram uma admiração profunda pelos romanos<sup>197</sup>.

### 2.1.1 Feuerbach e Birnbaum: do direito subjetivo ao bem jurídico fundamentados no princípio da legalidade

Nos 15 anos iniciais, portanto de 1801 a 1815, Stübel<sup>198</sup>, após a proposição de **Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach** (1775-1883) quanto ao princípio da legalidade, resgata a ideia de *imputatio* dos romanos<sup>199</sup>. Binding, ainda jovem, com aproximadamente vinte anos de idade, na sua tese de doutoramento traduz a palavra latina *imputatio* para *schuld*<sup>200</sup>, que originou a culpabilidade<sup>201</sup>, cuja tradução literal é dívida, mas não dívida comum. Curiosamente, a tradução literal do Pai-Nosso fala em “[...] perdoai as nossas dívidas, assim como perdoamos os nossos devedores [...]”.

A palavra *schuld* em alemão relaciona-se a essa dívida religiosa, perfeitamente compatível com a ideia de Direito Penal conhecida até então. Deve, porém, ser observado que a coluna cervical do Direito Penal, parafraseando Jescheck, é a pena privativa de liberdade. Interessante notar a etimologia das palavras, pois não há mera coincidência, por exemplo: a palavra (1) penitenciária<sup>202</sup> deriva, etimologicamente, da palavra penitência, ou seja, cela onde

<sup>196</sup> BINDING, Karl. **La culpabilidade...**, *op. cit.*, 2009, introdução, p. XIV.

<sup>197</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo...**, *op. cit.*, 2006, p. 31.

<sup>198</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 205. Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 73: “Em 1805, Stübel definiu *Tatbestand* como conjunto de todos os elementos internos e externos do delito, isto é, a ideia de *Tatbestand* se identificava substancialmente com a própria ideia de crime. Ao tratar sobre o homicídio e sua prova, Stübel apresenta o conceito de *Tatbestanddes Verbrechens*, que é associado ao conjunto dos elementos do crime”.

<sup>199</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 30, *in verbis*: “[...] Somente depois da construção das partes geral e especial do direito penal surge a questão política da necessidade da limitação ao poder de punir do Estado, no final do Século XVIII, com a obra de Cesare de Bonesana, Marquês de Beccaria, que propõe o princípio da legalidade. **Anselm von Feuerbach**, em 1801, com a sua **teoria da coação psicológica**. Pois bem, no século XIX, após a formulação do **princípio da legalidade**, desenvolvem-se os estudos sobre a antijuridicidade, **com Merkel e von Liszt**, e com a sistematização jurídica deste princípio se dará, entretanto, com base na *imputatio romana*, a inicia-se a **teorização da culpabilidade**, pois é no próprio Século XIX que a palavra latina *imputatio* é traduzida para o alemão *Schuld*, que quer dizer culpabilidade.” (grifo nosso)

<sup>200</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Direito Penal Português**. Lisboa: Verbo, 1982, p. 409.

<sup>201</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 30.

<sup>202</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 153.

os monges faziam penitência; quando as pessoas cometiam pecado (2) confessavam-se, daí o porquê de a confissão haver se tornado a rainha das provas. Enfim, toda estruturação penal é baseada na religião.

A própria ideia de individualização da pena será tida depois como proporcional à culpabilidade, originária do manual dos penitentes, cujo objetivo era avaliar a gravidade dos pecados. Existia na Idade Média um manual que dizia que os padres deveriam se interrogar a partir das seguintes perguntas: *qui, quomodo, como e que* (“quê?”, “como?”, “de qual forma?” e “por quê?”). Quando em 1554 a primeira parte geral do Código Penal foi criada por Tiberius Decianus)<sup>203</sup>, nela constava serem quatro as causas primeiras do crime: formal, material, eficiente e final.

Causa final são os motivos que levaram ao crime, e esses motivos são avaliados a partir dessas quatro causas do manual dos inquisidores – são formas de individualizar a pena. Não é à toa que hoje a individualização da pena se dá proporcionalmente à culpabilidade.

Toda ideia religiosa ganha um novo *status* com a tradução da palavra *imputatio* para *schuld*. Daí surgiu a concepção psicológica da palavra culpabilidade, baseada em um autor francês, Löffler, que desenvolveu a teoria psicológica da culpabilidade<sup>204</sup>.

Feuerbach defende que o crime é uma ação que lesa direitos individuais ou do Estado, previstos numa lei, sob ameaça de uma pena (direito subjetivo)<sup>205</sup>. A ideia de lesão de direito, portanto, é algo que traduz o objeto de proteção do crime. O crime que lesa direitos é a matéria mediante a qual o crime se desenvolve do ponto de vista da sua finalidade, isto é, as ações são tipificadas sob ameaça de uma pena para evitar lesão de direitos<sup>206</sup>. Feuerbach, quando trabalha a teoria da coação psicológica<sup>207</sup>, ressalta que a coerção precisa se dar de uma

<sup>203</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 27

<sup>204</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA. Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A 1951. t. V, p. 149, *in verbis*: “Vale ressaltar que Löffler, ao contrário do que se pode imaginar, não objetou a teoria psicológica, mas proclamou as concepções volitivas da culpabilidade como as concebemos nos dias atuais”. No mesmo sentido CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal...**, *op. cit.*, 2012, p. 42: “Tal concepção, desenvolvida, na sua essência, no segundo quartel do século XIX e fins do século XX sofreu algumas modificações na obra de Löffler (*Die Schuldformen*) para quem a culpabilidade teria três fontes diversas: 1) *intenção* – em que se encontra, claramente, o momento psicológico da vontade; 2) *previsão* – conquanto não se queira o resultado o querer é substituído pelo saber e 3) *culpa* – em que o resultado não é querido nem previsto, não obstante, pode e deve ser previsto e evitado.”

<sup>205</sup> SILVA, Ivan Luiz da. **Direito penal econômico e teoria da adequação econômica da conduta**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 147.

<sup>206</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 115 *et seq.*

<sup>207</sup> CORREIA, Eduardo. **Direito criminal: v. II, reimpressão**, col. Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, dezembro de 2010, p. 75; BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 37-38. BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-Constitucional do Direito Penal. *In*: Luiz Regis Prado (Coord.). **Direito...**, *op. cit.*,

relevante forma psíquica sobre as pessoas, para que estas se abstenham de lesionar direitos subjetivos<sup>208</sup>. A ideia de lesão de direitos traduz o conteúdo da tutela penal, logo o Direito Penal deve existir para evitar a lesão de direitos, o que é feito a partir do princípio da legalidade<sup>209</sup>.

Quando Feuerbach diz que não há pena sem lei, isso implica que o mal da pena deve ser conhecido para que a atuação psicológica experimentada do mal (ou a possibilidade) faça com que as pessoas evitem praticar a lesão do direito<sup>210</sup>. Esse autor constrói sua teoria contaminado pelas ideias iluministas; não é à toa que fornece dois conceitos reveladores da ideia: (1) o contrato social está na base de todo Direito Penal, porque as pessoas que tinham liberdades e gozavam de plena soberania (não foi dito por ele, mas expressa o que ele quer dizer) se uniram em um tronco comum e formaram com isso o Estado; (2) existem direitos anteriores ao Estado que não são criados pelo Estado e que estão na base da proteção penal. Tal ideia não é outra coisa que o Direito natural<sup>211</sup>. A própria definição de Direito natural é anterior e superior ao Direito legal/ estatal<sup>212</sup>. A ideia de contratualismo está na base do iluminismo<sup>213</sup>. O iluminismo tinha o objetivo de limitar o poder de punir do Estado, semelhantemente ao objetivo de Feuerbach quando constrói o princípio da legalidade e a ideia de tutela penal<sup>214</sup>.

É possível afirmar que não se edificou o bem jurídico com a construção dogmática do princípio da legalidade, porém igualmente se pode dizer que foi a construção da dogmática do princípio da legalidade que viabilizou fosse o bem jurídico trazido à dogmática penal, já que a criação do conceito de bem jurídico foi apresentada em um artigo cujo objetivo era criticar a posição de Feuerbach sobre o conteúdo do Direito Penal, sobre o objeto de tutela do Direito

2007, p. 126. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 29.

<sup>208</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 90. Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 115: “Por seu turno, os direitos subjetivos são o conjunto dos direitos privados ou individuais, atribuídos às pessoas que são titulares desses direitos.”

<sup>209</sup> FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 115-116.

<sup>210</sup> FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de Derecho...**, *op. cit.*, 1989, p. 63; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 116.

<sup>211</sup> FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de Derecho...**, *op. cit.*, 1989, p. 58 e 64.

<sup>212</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo...**, *op. cit.*, 2006, p. 80-81.

<sup>213</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 37-39.

<sup>214</sup> FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de Derecho...**, *op. cit.*, 1989, *passim*; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 114-118.

Penal<sup>215</sup>. Então, a ideia de objeto de tutela e a ideia de princípio da legalidade surgem no mesmo momento<sup>216</sup>.

O direito está no plano subjetivo, é algo que não está concretizado enquanto um ente do mundo exterior, v.g.: alguém pode pegar no direito? Pode chamá-lo para uma refeição? Pode-se ver um direito? O direito enquanto uma proposição de dever-ser está no plano suprasensível; ele não é objetivado no sentido em que pode ser conhecido pelos órgãos do sentido. O direito por si mesmo não está no plano objetivo. Assim, a grande importância de **Johann Michael Franz Birnbaum** [1792-1877 (em 1834, publicou seu famoso estudo sobre a tutela da honra – *Über das Erforderniss einer forderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe das Verbrechens*)]<sup>217</sup> no Direito Penal foi efetivar um giro metodológico. O objeto de tutela a partir de Birnbaum deixa de ser algo que não é concreto e passa a ser algo objetivo, concreto e individualizado<sup>218</sup>.

A grande contribuição de Birnbaum para o Direito, não só para o bem jurídico, foi tornar concreto o objeto da tutela penal. Birnbaum deixa o dever-ser de lado para transmutar o objeto de tutela em algo do mundo do ser<sup>219</sup>. Algo perceptível a nós. Argumenta: somente os bens expressam a concretização dos direitos. Ele não usa a expressão que tradicionalmente atribuímos ao nosso objeto (**bem jurídico**), mas a expressão “bem do direito” ou “bem do ordenamento jurídico” (*e.g., Gut, welches uns rechtlich zusteht*)<sup>220</sup>. Para ele o bem não é criado pelo legislador. A expressão bem jurídico (*Rechtsgut*) foi formulada porque seu autor disse que tal bem é criação do legislador. Dito de maneira diferente, o bem preexiste, sendo o bem jurídico criação legislativa, ou seja, opção de proteção legal<sup>221</sup>.

Costa Andrade, ao se referir a Birnbaum, diz que ele se situa em uma fase de transição, numa zona nebulosa entre o iluminismo e o positivismo. Ele tem a marca do positivismo, mas está, ainda, contaminado pela forma de pensar da sua época, ou seja, pelo

<sup>215</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 121.

<sup>216</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 114-118.

<sup>217</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 108-109, e SILVA, Ivan Luiz da. **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 147.

<sup>218</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 40.

<sup>219</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 40.

<sup>220</sup> Cf. ANDRADE, Manuel Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra. 2004, p. 51-52; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 120.

<sup>221</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 40-41. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien Jurídico...**, *op. cit.*, 1991, p. 32 e CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **Constituição e crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 46. (No sentido de que foram dadas várias denominações para “bem”).

iluminismo. Portanto, ele está num ponto de transição, e por isso não se pode esperar de Birnbaum um conceito puro e acabado<sup>222</sup>.

Yuri Carneiro Coêlho<sup>223</sup> afirma que Birnbaum não deu nenhuma contribuição para o conceito de bem jurídico, ao contrário, do conceito de bem jurídico não se extrai uma utilidade, porque com ele não se vincula o bem jurídico aos tipos. Cláudio Brandão pensa de forma diametralmente oposta, pois caso Birnbaum não houvesse objetivado o conceito de bem jurídico, não seriam possíveis as construções de Binding e de Franz von Liszt tais como o foram<sup>224</sup>. Birnbaum é indispensável para esta desenvoltura da dogmática<sup>225</sup>. Esse giro que ele realizou gerou uma verdadeira revolução, porque rompe com uma tradição que ainda está arraigada em sua época.

Hassemer, no texto “A norma no seu significado social e no seu significado dogmático”, em tradução de outro texto – intitulado “Fundamentos do Direito Penal” –, tece grandes elogios à figura de Birnbaum. Nesse texto, Hassemer salienta o objetivo de livrar o Direito Penal das tutelas religiosas e esclarece que somente o objeto traduzido de um bem jurídico pode ser objeto da tutela penal<sup>226</sup>. K. Amelung<sup>227</sup> pensa diferentemente e afirma que Birnbaum não tinha nenhum objetivo de limitar o poder de punir do Estado<sup>228</sup>, ao contrário, queria reagir a Feuerbach para deixar o Estado livre, a fim de tutelar o que este quisesse. Parece muito coerente, porque consta no texto de Birnbaum: o que vem da norma religiosa (o que vem da norma moral) são bens coletivos<sup>229</sup>, atribuídos não à pessoa, mas ao povo<sup>230</sup>. Tais ideias não estavam motivadas por concepções semelhantes ao Estado de Direito<sup>231</sup>. Porém,

<sup>222</sup> ANDRADE, Manuel Costa. **Consentimento...**, *op. cit.*, 2004, p. 52; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 126.

<sup>223</sup> COÊLHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, *passim*.

<sup>224</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 127.

<sup>225</sup> BINDING, Karl. **La culpabilidade...**, *op. cit.*, 2009. Introdução, p. XXXI.

<sup>226</sup> HASSEMER, Winfred. **Fundamentos del derecho Penal**. Barcelona: Bosch. 1984, p.37; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 124-125.

<sup>227</sup> AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz und Schutz der gesellschaft**. Frankfurt: Athenäum, 1972, p. 43-44; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 41; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 125.

<sup>228</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 108, e PRADO. Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

<sup>229</sup> PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 27.

<sup>230</sup> BIRNBAUM, Johann Michael Franz. “Ueber das Erfordeniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe der Verbrechenens”. **Archiv des Criminalrechts**. Halle: Schwetschte und sohn. 1934, p. 177-178.

<sup>231</sup> Segundo o magistério de FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do Positivismo Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 8: “No plano jurídico, a noção de Estado de direito, na sua origem, conforme afirmei, corresponde ao que politicamente se denomina de Estados liberais, Estados liberais burgueses ou Estados liberais clássicos. Nesta concepção ensina a doutrina (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense. 1994, p. 18) que *por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou*

pouco importa qual a motivação de Birnbaum; o fato é que trazer a ideia para o plano objetivo se presta com muito mais eficácia para a limitação do poder de punir do Estado, o que confere maiores condições para que este atinja sua finalidade democrática<sup>232</sup>.

Birnbaum escreve em 1834. Essa época de transição será completamente superada pelo positivismo, que se firma na segunda metade do século XIX<sup>233</sup>. É a obra de Binding importantíssima para a compreensão da dogmática penal atual<sup>234</sup>, já que a ideia de norma imperativa é assimilada por Welzel, sendo uma incontestável influência do positivismo no finalismo.

### 2.1.2 Merkel e Binding: *Tatbestand* – elementos negativos da tipicidade – mutação de *Schuld* para culpabilidade

Em 1950, **Adolf Merkel** sistematiza a antijuridicidade, pois a ideia de lícito e ilícito provém do Direito Romano. A primeira quadra do Digesto (*Digestus*), que foi recompilado por Triboniano no século VI<sup>235</sup>, dizia que

com base neste direito Celso nos denomina sacerdotes: pois cultuamos a justiça e professamos o conhecimento do bom e do justo, separando o justo do iníquo, discernindo o lícito do ilícito, desejando que os homens bons se façam não só pelo medo das penas, mas também pela motivação dos prêmios, aspirando não à simulada filosofia, mas à verdadeira<sup>236 237</sup>.

---

constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulem, salvo o direito de um cidadão recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou o excesso de poder. Logo, a ideia básica presente no conceito de Estado de direito é a de que, enquanto Estado politicamente liberal, cabe-lhe **defender a sociedade do Estado**, o que pretende conseguir mediante a técnica formal da divisão de poderes e o princípio da legalidade” (MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, p. 32). [Grifo do autor; referências grifadas por nós].

<sup>232</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 40.

<sup>233</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 127-128;

<sup>234</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 14; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 127; e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 43.

<sup>235</sup> BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (oord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 122-123. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 117-118.

<sup>236</sup> JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. **Digesto de Justiniano, liber primus**: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. – Prólogo Pierangelo Catalano. – 4. ed.rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 19.

<sup>237</sup> *Cuius mérito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam manque colimus et boni et aequinotitiam profitemur, aequum ab iniquo saparantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.* (D.1.1.1.1).

Ou seja, concretizamos o bem e a justiça, aproveitando os conhecimentos do justo e do injusto e separando o justo do ímpio, discernindo o lícito do ilícito; procuramos tornar boas as pessoas não só pelo medo das penas, mas, na verdade, pela promessa de remédios<sup>238</sup>. Essa ideia era dos romanos, porém não se pode vincular a licitude ou ilicitude a crime, segundo os romanos. A própria ideia de Direito está baseada na ideia de lícito. Observando Paulo no Digesto, tem-se: *non omne quod licet honestum est* – “nem tudo que é lícito é honesto”, ou seja, “nem tudo que é direito é conforme a moral”<sup>239</sup>. Isso não está associado ao Direito Penal. Da ideia de ilícito decorre uma violação objetiva ao Direito, mas a qualquer direito; essa ideia de ilícito, portanto, não é a mesma ideia de antijuridicidade, mas uma categoria da teoria geral do Direito.

Merkel, ao estudar as causas de exclusão de ilicitude, mas não exatamente o lícito e o ilícito, elabora uma teorização dos elementos negativos do *tatbestand*, da tipicidade, e observa que algumas anulam a tipicidade<sup>240</sup>. Ressalte-se que não se trata de tipicidade conforme o conceito atual. Tipicidade, neste momento, é sinônimo do próprio crime<sup>241</sup>. Elementos negativos da tipicidade (em verdade, são elementos negativos do tipo)<sup>242</sup> sinônima de crime e não sinônima de relação de adequação entre conduta e Direito<sup>243</sup>. Merkel dizia que tais causas

<sup>238</sup> Digesto, 1, 1, 1, §1º, **Corpus Juris Civilis**. Editio Stereotypa. Lipsiae: Sumtibus Baumgaertneri, 1856, p. 61, e BRANDÃO, Cláudio. Legalidade e Cristianismo: Aproximação Hermenêutica. In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio...**, *op. cit.*, 2009, p. 44.

<sup>239</sup> TOLEDO, F. de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 8.

<sup>240</sup> Cf. MERKEL, Adolf. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, p. 82, *apud* TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 165. Segundo o magistério de BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 76: “O conceito de Merkel tem nítida influência do pensamento de Hegel, que, ressalte-se, era o posicionamento que mais tinha eco no direito penal da época, por isso baseava a conceituação de antijuridicidade na norma, *rectius*, direito objetivo, e, sobretudo, se utilizava do conceito hegeliano de vontade geral objetiva.”

<sup>241</sup> CERESO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Madrid: Tecnos, 1993, p. 308.

<sup>242</sup> Adotamos a terminologia **elementos negativos da tipicidade**, apenas por coerência a expressão *Tatbestand* que nesta quadra do trabalho tem sido considerado por Merkel como sinônimo de tipicidade. Embora que a doutrina, de forma unânime, adota a expressão elementos negativos do tipo, por todos: WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 62, comenta: “[...] A esse respeito existem, contudo, idéias muito confusas na doutrina, porque (a partir de Adolf Merkel e Frank) muitas vezes as causas de justificação são concebidas como “**elementos negativos do tipo**”, de modo que sua ocorrência deve excluir não apenas a antijuridicidade como também o tipo (e, conseqüentemente, a matéria de proibição). [...] É indiferente o lugar da lei em que se encontra regulamentada uma causa de justificação. Ainda que a legítima defesa estivesse incluída no art. 212 – ‘aquele que matar alguém, exceto em caso de legítima defesa...’ -, não se converteria num elemento ‘negativo’ do tipo. Somente a ação de matar alguém pertence à matéria de proibição; a legítima defesa não exclui essa matéria, mas a antijuridicidade de sua realização.” (grifo nosso)

<sup>243</sup> Cf. BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade penal: **dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 161: “Muito antes da construção tripartida do crime foi criada a nomenclatura objeto deste tópico, qual seja, os elementos negativos do tipo. Observe-se que, como insistentemente apontado no estudo sobre o histórico da tipicidade, não deveu a Beling a criação do termo *Tatbestand*, mas se deveu a ele somente a reinterpretação deste termo, que não foi mais identificado como próprio crime, mas teve uma redução na sua conceituação e, com isso, passou a ocupar uma função efetiva na dogmática penal. Assim, no seu surgimento, a significação dos elementos

gerais anulavam o próprio crime. Trabalhava a ideia de contrariedade ao Direito, e não exatamente a ideia de ilicitude.

Ao se buscar a origem das palavras em alemão, verificam-se muitas dicotomias, v.g., *Recht*, que significa Direito, mas existe *Rechtswidrigkeit*, que, seccionada, resulta em *Recht e drigkeit* (igual a contrariar), logo, interpretando, chega-se a antijurídico (Merkel)<sup>244</sup>. Contrariar o Direito significa violar aquilo que está sendo aceito pelo costume.

Merkel, quando construiu essa teoria, estava influenciado pelo pensamento de **Georg Wilhelm Friedrich Hegel** (1770-1831/ **hegelianismo**)<sup>245</sup>. Qual o pensamento de Hegel sobre o que é o Direito? Hegel fala da sua ideia no livro “Princípio do Filosofia do Direito”. Assim afirma: “O crime é a violação do Direito; pelo crime não se viola a letra da norma, mas se viola o comando ideal, que é uma proposição ideal e racional, extraído da norma”<sup>246</sup>. Não é algo desvinculado da razão, senão uma elucubração em torno da norma, uma atividade racional que faz com que a partir da norma se extraia um imperativo, que é um mandamento de conduta. Hegel diz que se o Direito não reagir a essa violação, ele perderá sua vigência. Ele reage a partir da pena. Sendo o crime a negação do Direito, a pena é a negação do crime, logo a pena é a negação da negação do Direito, é a afirmação do Direito violado pelo crime – negação da negação é uma afirmação (método dialético)<sup>247</sup>. O fato é que Hegel asseverava que o crime viola o comando da norma. Violando o comando normativo, o crime lesiona tal comando.

A partir dessa análise, Merkel tratou as causas de exclusão da ilicitude como causas que violam o Direito<sup>248</sup>. Não é, simplesmente, uma ausência que pertença ao Direito, mas uma

negativos do tipo era voltada para a negação do próprio crime, e não da tipicidade, já que o tipo era identificado com o delito em si mesmo”. Com efeito, percebe-se que tudo se dá a partir do redimensionamento do termo *Tatbestand* que, inicialmente, significa o próprio crime, logo os elementos negativos do tipo, visavam à negação do crime em si, e não da tipicidade.

<sup>244</sup> MERKEL, Adolf. **Derecho Penal**: parte general. Traducción del alemán por Pedro Dorado Montero. Buenos Aires, Montivideo, 2004, p. 35.

<sup>245</sup> MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes...**, *op. cit.*, 2002, p. 556.

<sup>246</sup> MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes...**, *op. cit.*, 2002, p. 307-309, e COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 218.

<sup>247</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 218; ZAFFARONI, E. Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, 3. ed., novembro de 2006, p. 556; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 92, e BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 34.

<sup>248</sup> Cf. WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 62, comentando sobre a tipicidade como indício da antijuridicidade, anota: “[...] A esse respeito existem, contudo, ideias muito confusas na doutrina, porque (a partir de Merkel e Frank) muitas vezes as causas de justificação são concebidas como “elementos negativos do tipo”, de modo que sua ocorrência deve excluir não apenas a antijuridicidade como também o tipo

violação ao comando da norma, trabalhando com a ideia de elementos negativos da tipicidade (ou, como explicitado, elementos negativos do tipo). Com efeito, segundo Cláudio Brandão<sup>249</sup>, considera elementos negativos do próprio crime, porque, para Merkel, a tipicidade é sinônimo do próprio crime.

A segunda conceituação a ser criada é a de antijuridicidade<sup>250</sup>. Em 1906 a ideia de tipicidade será desenvolvida por acaso, uma vez que Merkel pensava estar apenas a decompor a teoria de Binding; ele não julgava haver criado algo novo.

Como já foi tratado, nos primeiros 15 anos a palavra *imputatio* é levada para a dogmática penal; em seguida, **Karl Ludwig Lorenz Binding** (1841-1920) a traduz para *schuld* e, por fim, chega à definição etimológica de culpabilidade. Depois, Merkel constrói a ideia de antijuridicidade; só por último, temos o estudo da tipicidade. Portanto, a dogmática penal nasce em ordem invertida da aplicada hodiernamente<sup>251</sup>. No magistério de Cláudio Brandão, usamos um método como uma maneira de justificar retoricamente, fazendo com que qualquer conteúdo possa se transformar em crime – essa é uma construção retórica construída em face da norma. Considerando ser a dogmática penal uma construção retórica, como ela pode operacionalizar legitimamente a transformação de uma conduta em crime?<sup>252</sup>

Uma justificação *a posteriori* não é uma justificação *a priori*, conforme o conceito de Kant. Caso não houvesse a dogmática, a ação em si mesma não seria tida como penalmente relevante – isso difere do Direito Romano. Segundo Teodoro Mommsen, a lei do Direito Romano era impregnada de conteúdo moral<sup>253</sup>; não existia uma lei, mas uma construção

(e, conseqüentemente, a matéria de proibição). O preceito permissivo (causa de justificação) pressupõe, todavia, necessariamente, a realização do tipo da proibição e refere-se a ele. A concordância da causa de justificação (por exemplo, da legítima defesa) não afeta, ou elimina o tipo, mas exclui apenas a *antijuridicidade* de sua realização.” [Grifos nossos].

<sup>249</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria...**, *op. cit.*, 2002, p. 54-56.

<sup>250</sup> MERKEL, Adolf. **Derecho...**, *op. cit.*, 2004, p. 159.

<sup>251</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 27.

<sup>252</sup> Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 198-199: “O iluminismo penal teve uma função determinante para a cientificidade do direito penal, mas não se pode reduzir o método penal ao que pretendiam os referidos iluministas. Inclusive, deve-se ressaltar, há de início um obstáculo de ordem lógica para tanto: a natureza do silogismo demonstrativo. Tal silogismo é perfeitamente cabível para o raciocínio em face dos objetos das ciências naturais, como é o caso da física, **mas ele não foi construído para as ciências culturais, pois neles a retórica é a protagonista.** [ ] Porém, nas ciências que envolvem a argumentação, desde os primórdios da filosofia grega, reconhece-se o cabimento do silogismo não demonstrativo. **Em face da necessidade de argumentar, as ciências culturais, sobretudo o direito, não podem afastar a retórica do seu método.** No âmbito da ciência jurídica a argumentação também é uma necessidade constitucional – já que toda decisão jurídica precisa ser motivada – e, por conseguinte, ao invés dela ter seu método esteado no silogismo, o tem embasado no que os gregos chamavam de *entimema*. O entimema é definido por um silogismo retórico porque nele uma das premissas está implícita.” (grifo nosso)

<sup>253</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria...**, *op. cit.*, 2002, p. 137.

pretoriana. A incriminação estava no consenso social, na reprovação intrínseca da conduta, ou seja, primeiro havia a reprovação, para depois haver a aplicação de uma pena na seara do *crimina delicti*. Essa foi a construção dos romanos.

A partir do princípio da legalidade houve uma inversão, ou seja, primeiro se tinha a dogmática, para depois se justificar a aplicação de uma pena. Então, a dogmática penal era posta em xeque a partir da legalidade.

Sob a influência de Hegel, no século XIX, o positivismo floresce<sup>254</sup>. Embora Binding e Merkel não sejam rigorosamente hegelianos, pois demonstram autonomia em alguns conceitos, não se pode desdenhar a influência de Hegel sobre eles. Para os dois autores, tipicidade era sinônimo de crime<sup>255</sup>. A tipicidade era um elemento não individualizado do conceito de crime, ou seja, a tipicidade e o crime eram a mesma coisa. Caso se falasse numa e tentasse explicar que era sinônimo do outro, estar-se-ia incorrendo em uma tautologia.

A antijuricidade não se separava da culpabilidade, pois Hegel dizia que o Direito Penal era extraído a partir dos comandos, comandos estes presentes nas normas. A norma expressa um comando, *v.g.*, não matar. Merkel ressaltava que esse comando só pode ser dirigido a quem tem capacidade de compreendê-lo. Quem não tem capacidade de entender o comando não pode ser destinatário dele; portanto, não pode haver violação do comando sem culpabilidade.

Não pode haver violação do comando sem culpabilidade/ antijuricidade, pois “funcionam como cara e coroa da mesma moeda”, bloco único<sup>256</sup> vinculado substancialmente – crime é o injusto culpável. O todo era intrinsecamente culposos, afirmavam à época, o que não é corrente na atual sistemática. Merkel diz primeiro, porém Binding desenvolve a seguir.

Binding se baseia em Merkel para afirmar que a norma é supralegal (norma e lei não são identificadas). A norma é um comando que se extrai a partir da lei<sup>257</sup>. A norma é o imperativo (diz não matar, não furtar, não lesionar etc.), não é a descrição da lei do fato proibido, mas o imperativo decorrente da lei, portanto, é supralegal. Enfatiza que a antijuricidade é a violação da norma (imperativo) e não a violação da lei. Como esta norma

---

<sup>254</sup> BINDING, Karl. **La culpabilidade...**, *op. cit.*, 2009, introdução, p. XVII.

<sup>255</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 74: “Também identificam a tipicidade com o crime Adolf Merkel e Karl Binding, penalistas que, desde a época dos escritos de Beling até o tempo presente, gozam de grande repercussão nos meios da dogmática penal”.

<sup>256</sup> PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido: na teoria do delito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 16-17.

<sup>257</sup> ZAFFARONI, E. Raul *et al.* **Direito...**, *op. cit.*, novembro de 2006, p. 584.

só pode ser dirigida para aquele que tem capacidade de entendê-la, logo a antijuridicidade é culpável. Afirmar que enquanto a antijuridicidade está para a norma, atipicidade está para a lei<sup>258</sup>. A tipicidade é a mesma coisa que descrição legal da conduta; via de consequência, é o crime em si. Antijuridicidade também era sinônimo de crime, porém não há descrição de conduta legal, restando subentendida em razão dos preceitos primário e secundário do tipo penal incriminador. A lei, segundo Binding, possuía dois elementos – a tipicidade (*tatbestand*) e a consequência do Direito (*rechtsfolge*)<sup>259</sup>.

Quando Binding fala de erro com base na norma e não com base na lei, está se referindo ao comando ideal da norma, logo ao erro quanto à valoração negativa; por isso se encontra nele a razão primeira do erro de proibição, que só foi desenvolvida pelos finalistas. Para ele o **erro** não era o conhecimento falso da lei, mas o conhecimento falso da norma. A norma, por ser supralegal, está para a antijuridicidade como a lei está para a tipicidade, sendo sinônimo de crime<sup>260</sup>.

Abstrai-se que a raiz da ideia do erro de proibição se encontra na teoria da norma de Binding, ainda que este nunca tenha falado de erro de proibição, porque o dolo para ele era anterior à antijuridicidade, já que a culpabilidade vinha antes da antijuridicidade, porquanto a norma só pode ser violada por quem é capaz de compreendê-la. Importante lembrar que a culpabilidade, naquela época, era o primeiro elemento do crime, e como tal funcionava como excludente do dolo.

A ideia de erro de proibição faz mudar o objeto afetado por ele, mas não muda a nomenclatura. A lei é ato próprio do Poder Legislativo, e a antijuridicidade é um ato de valoração negativa que depende de um ato formal. Quando Binding associa a ideia de erro à ideia de norma, está dando as bases da dogmática finalista.

Não se pode esquecer que Welzel trata em seu livro (“A posição dogmática da teoria finalista da ação”) da relevância da consciência da antijuridicidade, isto é, da otimização da consciência de antijuridicidade como elemento da culpabilidade, e da possibilidade da causa

---

<sup>258</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 61-62.

<sup>259</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 79.

<sup>260</sup> Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 67, *in verbis*: “A antinormatividade não é um elemento conceitual do delito, mas tem ele um relevante papel no direito penal, porque a tipicidade se inter-relaciona com todos os elementos do conceito de crime. Com efeito, depois de explicitada a inter-relação entre ela e a antijuridicidade, cabe aqui apontar que a antinormatividade desempenha também uma função no âmbito da culpabilidade, mas especificamente no tocante ao problema do erro de proibição. Define-se o erro de proibição direto como o desconhecimento da norma proibitiva, logo, se o sujeito da conduta típica e antijurídica não puder em uma situação concreta compreender o caráter proibido de um comportamento, por não alcançar a norma proibitiva, exclui-se a sua culpabilidade.”.

de exclusão da culpabilidade quanto ao erro de ilicitude do fato, quando a consciência da antijuridicidade existir.

Tudo isso só foi possível porque, na base do pensamento de Binding, o **erro** não é o desconhecimento da lei, mas da norma. Quem está na base do problema não é Graf zu Dohna, porém este se baseou em Binding para construir as denominações **erro de tipo e erro de proibição**<sup>261</sup>. Como a norma está para a antijuridicidade assim como a lei está para a tipicidade, o comando não pode ser apenas do “sim”, pois o **erro de proibição** pode ser **direto** e **indireto**. Em se tratando de potencial consciência da ilicitude, o dolo demanda elemento cognitivo e evolutivo, logo dispensa consciência potencial; exige apenas consciência atual, pois seria de outra forma incompatível com os elementos do dolo. Mezger dizia que o dolo é igual à vontade mais a consciência da antijuridicidade, logo a consciência potencial é impossível, não é pensável. O dolo é definido como vontade<sup>262</sup>.

Tomás de Aquino (1225-1274)<sup>263</sup> dizia que se pode ter consciência sem vontade, mas vontade sem consciência é impossível; logo, a consciência é maior e se sobrepõe à vontade, pois para desejar um objeto, preciso conhecê-lo.

**Erro** é uma questão de culpabilidade ou antijuridicidade? O que se entende por dolo antijurídico? Segundo Binding, o antijurídico é o contrário à norma. Erro é um problema de culpabilidade e não de antijuridicidade, embora o dolo não se separe da antijuridicidade, sendo anterior a tal juízo. O dolo é o primeiro elemento a ser observado na teoria ao lado do elemento imputabilidade; só depois se analisa a causa de justificação. Portanto, para Binding, a estrutura do delito se resumia a (1) dolo e imputabilidade mais (2) causa de justificação.

Welzel classificava-o em dolo direto e eventual. O dolo direto se subclassifica em primeiro grau<sup>264</sup> e em segundo grau<sup>265</sup>. No problema do dolo vê-se o erro; assim, esgota-se o

<sup>261</sup> Cf. WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 126-127: “*Erro de proibição* é o erro sobre a antijuridicidade do fato, com pleno conhecimento da realização do tipo (por conseguinte, com dolo). ‘O autor sabe o que faz, mas erroneamente crê que é permitido’ (BGB 2, 197); não conhece a norma jurídica, ou não a conhece bem (interpreta-a mal) ou supõe equivocadamente que concorre uma causa de justificação. [...]”

<sup>262</sup> Cf. MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: Parte General**. Traducción de la 6ª edición alemana (1955) por el Dr. Conrado A. Finzi. Prólogo del Dr. Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina. Julio de 1958, p. 226. Trecho: “*El dolo es La comisión del hecho com conocimiento y voluntad. El ‘dolo’ consiste, e nconsecuencia, em circunstancias de hecho determinadas, no es, de per sí, un concepto valorativo. La ley no define el dolo; sólo indica, e nel § 59, párr. 1, que, para la forma básica de La culabilidad, es necesario un conocimiento determinado del tipo y de las partes que lo integran. Los proyetos hablan de ‘conocimiento y voluntad’, queriendo referirse así a los dos elementos necesarios del dolo*”.

<sup>263</sup> MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes...**, *op. cit.*, 2002, p. 49. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 43.

<sup>264</sup> Mataralgém, art. 121 do Código Penal brasileiro.

estudo da dogmática nascente, isto é, a formação conceitual dos institutos. A atual dogmática não criou institutos, apenas os mudou de posição. A dogmática se baseou nesta estruturação para arrumar os elementos. Não é possível haver dogmática sem Binding, no entanto, para a atual sistemática, Welzel se mostra fundamental. Binding é condição para Welzel e para Beling, mas antes de Binding há de se ressaltar Merkel.

Graf zu Dohna falava em tipo subjetivo. Ele foi professor de Welzel, mas não tem a mesma concepção de delito, pois entendia que tipicidade era sinônimo de crime<sup>266</sup>. Foi um dos críticos da teoria de Beling, ao lado de Binding. Construiu os conceitos nominais de erro de tipo e de proibição, possibilitando que Welzel se apropriasse do que ele tinha escrito, reelaborando-o<sup>267</sup>. Welzel aceitava o conceito de tipo de Beling, que depois foi modificado por Mayer<sup>268</sup>. Welzel continuou a utilização do nome elemento subjetivo do tipo para qualificar com isso o dolo, deslocando-o da culpabilidade para o tipo<sup>269</sup>.

Binding escreve numa época muito curiosa (em 1530 existiu uma legislação unificada alemã, produto de Carlos V, a *Constitutio criminalis Carolina*<sup>270</sup>, escrita em latim e válida para todo o Sacro Império Romano-germânico<sup>271</sup>). Um ano antes de publicada a primeira edição do seu livro<sup>272</sup>, em 1872, surge o primeiro Código para a Alemanha unificada<sup>273</sup>, que passa a ter vigência em 1872, em que pese ser de 1871<sup>274</sup>.

<sup>265</sup> Matar alguém em um avião usando um artefato explosivo. Além de matar o alvo desejado, também mata as demais pessoas que não eram alvo do criminoso. Logo, se essas pessoas não eram, *a priori*, alvo, sobre elas se opera o dolo de segundo grau.

<sup>266</sup> DOHNA, Graf zu. **La ilicitude. La estructura de la teoria del delito.** Buenos Aires. 2006, p. 151 *apud* BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 107, nota de rodapé 134: “Como dito, zu Dohna, apesar de escrever após a conceituação de tipicidade formulada por Beling que caracteriza como um elemento geral do crime, não assimila essa formulação e se apegua à conceituação anterior, que identificava a tipicidade com o próprio crime, *verbis*: ‘Frente al tipo particular de delito, como suma de aquellas características deferenciales de uno y outro tipo de delito, se situa el tipo general, al que se hace comprender las características propias y comunes a todos os delitos: la acción, la antijuridicidade y la culpa”

<sup>267</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 108.

<sup>268</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 108.

<sup>269</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 36; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 110.

<sup>270</sup> CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal: v. I**, reimpressão, col. Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, dezembro de 2010, p. 82; BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 14, e FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência punitiva. *In*: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio...**, *op. cit.*, 2009, p. 372.

<sup>271</sup> Chamavam não de Sacro Império, mas de Santo Império. *Cf.* FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência punitiva *In*: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio...**, *op. cit.*, 2009, p.372.

<sup>272</sup> **Das normas e de suas violações.**

Quando Binding diz que a tarefa do legislador é criar o bem jurídico, está enaltecendo algo que se fazia presente na realidade da vida dos alemães da época, que acreditavam que aquele código feito pelo legislador unificava o Direito Penal com os outros códigos. O Código Penal não foi o primeiro; representaria um fortalecimento político de todo o povo. Era, então, natural que o legislador tivesse uma defesa, e a questão do bem jurídico de Binding é uma defesa do legislador, já que garante caber ao legislador criar o bem jurídico, por ser este uma expressão da norma. Nota-se que Binding não situa o bem jurídico no plano da tipicidade – *tatbestand* –, mas no plano da norma, porque tipicidade era sinônimo de crime.

Beling fazia referência ao conceito de tipicidade<sup>275</sup>, pontue-se que ao atual estágio<sup>276</sup>. Assim, o crime é uma ação antijurídica e culpável; a tipicidade estruturada como conjunto de elementos do crime não tem utilidade alguma. Logo, o bem jurídico edificado na tipicidade restaria igualmente sem utilidade.

Quanto à norma, entretanto, o seu conteúdo material era protegido pelo Direito Penal, daí ter grande relevância. Uma relevância contaminada pelo autor e por sua época. Já a questão da formalização do bem jurídico é definida a partir da ideia de Binding; ao trabalhar com o conceito de formalização, afirma não haver tutela penal sem aquela. Isso nada mais é que o cumprimento do Princípio da legalidade, embora seja muito pouco e não traduza o que é bem jurídico.

Liszt ofereceu ao cenário jurídico o destacado **Programa de Marburgo**<sup>277</sup>; em seu livro “A Ideia do Fim do Direito Penal” (1882)<sup>278</sup>, faz uma crítica a Binding. Não se pode,

<sup>273</sup> Importante salientar que depois de três séculos a Alemanha tornara-se unificada. Neste ano, que foi anterior à primeira edição do livro de Binding, ocorrerá a unificação da codificação alemã.

<sup>274</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 44.

<sup>275</sup> Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 45, *in verbis*: “Deveu-se a Ernest von Beling a inserção da tipicidade como um elemento da teoria do delito, mas não se deveu a ele a criação deste termo em si. Entretanto, tributa-se a Beling a mudança do significado e conteúdo, para lhe emprestar uma função na dogmática do crime”.

<sup>276</sup> Cf. WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 54: “O conceito de tipo, antes de desenvolvido, remonta a Beling (*lehre vom Verberechen*, 1906). Se antes o conceito de tipo compreendia a totalidade dos caracteres do delito, Beling extraiu desse tipo um outro mais restrito: ‘O tipo de delito formulado com precisão pelo Direito positivo’ [...] e o converteu em elemento constitutivo da estrutura (tripartida) do delito: delito é a ação típica (1), antijurídica (2) e culpável (3)”.

<sup>277</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 94: “A teoria evolucionista, que tem início com Darwin e que chegou a ser dominante durante a segunda metade do século XIX, enraizara profundamente o homem no mundo biológico – de acordo com o pensamento mecanicista da época. O homem era unicamente o último elo da espécie dos primatas, sua inteligência uma maior e mais fina especialização dos instintos animais, de modo que do instinto animal até a inteligência humana deveria existir uma linha evolutiva direta (**É conveniente recordar que Franz von Liszt tinha baseado completamente nessa doutrina seu Programa de Marburgo da Pena Final, de 1882, para não falar da íntima relação da escola positiva italiana de Lombroso, Garofalo e Ferri com essas doutrinas finalistas**). Essas concepções revelaram-se insustentáveis. [...]”. (Grifo nosso).

entretanto, afirmar que eles são autores antagônicos, porquanto os dois se completam como a “cara e a coroa” da moeda. Enquanto Binding fala em antijuridicidade formal, e não é refutado por Liszt, este trabalha com base na tipicidade material<sup>279</sup>. Não há dúvida quanto à necessidade de formalização; está claro que o Princípio da legalidade estabelece o limite negativo para o Direito Penal e que esta necessidade de formalização não nega o conteúdo da conduta. Tal conteúdo materializa a tipicidade. Tudo isso está vinculado a bem jurídico.

A antijuridicidade material dá legitimidade à antijuridicidade formal. É um critério para criticar o legislador e criticar o Direito Penal. Esse critério será usado para garantir a realização de um Direito Penal. Zaffaroni<sup>280</sup>, quando trabalhou a ideia de princípio da insignificância (*nemo minimum cura pretor*), ressaltou que o juiz não cuida das coisas mínimas. Traduzindo numa linguagem dogmática para o Direito Penal, exclui-se a tipicidade por ausência de um bem jurídico, isto é, por ausência de antijuridicidade material. Significa traduzir para os dias de hoje o que Liszt estabeleceu, já que o conceito de antijuridicidade material foi criado por ele<sup>281</sup>.

A expressão na primeira edição, de fato, foi cunhada por Liszt. No substrato dessa ideia há o bem jurídico. A antijuridicidade material dá complementaridade à antijuridicidade formal. Com base em tais construções de institutos é que a dogmática penal se baseou. Validamente, considera-se que o “Direito é uma metalinguagem em face da linguagem das normas; Direito não tem certo e errado, tem argumentos melhores ou mais frágeis”<sup>282</sup>.

---

<sup>278</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 60.

<sup>279</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 132-136.

<sup>280</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. **Tratado de derecho penal – Parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 553; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 136.

<sup>281</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 136.

<sup>282</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria...**, *op. cit.*, 2002, p. 58-59: “O método de análise do tipo penal envolve três planos: o plano valorativo, o plano da linguagem e o plano da realidade. [ ] O segundo plano leva em conta que a descrição da conduta é feita através de elementos linguísticos, sendo estas ‘expressões linguísticas que, com maior ou menor acerto, tentam descrever, com as devidas notas de abstração e generalidade, a conduta proibida’ (MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal. Parte general**. Valentia: Tirant to Blanch, 1988, p. 287)”.

### 2.1.3 Beling e Liszt: mutação do *Tatbestand* para tipicidade a formação da teoria causalista da ação

Em 1906 já existia a tipicidade, porém é com a denominação *tatbestand* que **Ernest von Beling** (*Die Lehre vom Tatbestand*) cria o conceito de adequação à moldura e passa e denominá-lo de tipicidade<sup>283</sup>. *Tatbestand* significa ação existente/ ato existente (*tat* – ato; *bestand* – existente), palavra importante nos textos legislativos, bastante usada já anteriormente a Beling<sup>284</sup>.

A primeira referência à palavra *tatbestand* deu-se em 1805, no § 133 da Ordenação Criminal da Prússia. Não foi usada nas Ordenações anteriores à prussiana, uma vez que o comum era que ocorressem em latim. Segundo Luiz Luisi, já como categoria conceitual do Direito Penal substantivo, aparece pela primeira vez na obra de Feuerbach<sup>285</sup>.

A Constituição Carolina, Ordenação do século XVII de Carlos V, foi escrita em latim<sup>286</sup>. Era comum que os textos legislativos fossem escritos em latim; por exemplo, o § 133 trazia a expressão em latim *corpus delicti*<sup>287 288</sup>, grafada entre parênteses após a palavra *tatbestand*<sup>289</sup>.

Paulo III criou numa Constituição apostólica – *licite ab initio* – a expressão *corpus delicti*. Essa Constituição que deu origem à Inquisição dizia que ao se submeter alguém ao seu julgamento não se deveria buscar um juízo imediato, mas investigar na casa das pessoas se existiam “livros piedosos” ou “livros sagrados”, todos os elementos exteriores, daí *corpus*

<sup>283</sup> BELING Ernest von. **Esquema de Derecho Penal. La doutrina del delito – tipo**. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Delpama, 1944, p. 3; WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 54; e BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 71: “A construção doutrinária do conceito de tipicidade, entendida como um elemento do delito, é fato relativamente recente na dogmática penal, e que surge somente no início do Século XX. Isto não significa, entretanto, que *Tatbestand* deixasse de figurar como um conceito utilizado pelos autores do Século XIX, porém, o conteúdo da dita tipicidade possuía significação completamente diversa. O que a partir dos escritos iniciais de Ernest von Beling (1906) é tido como primeiro elemento do método penal, representando um conceito indispensável no sistema da dogmática, porque tem a função de conferir relevância (no sentido técnico penal) ao comportamento e dar conhecimento às proibições deste ramo do direito, era um conceito sem qualquer utilidade metodológica no Século XIX.”

<sup>284</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 21; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 38-40.

<sup>285</sup> LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 14-15, e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 75-79; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 72 *et seq.*

<sup>286</sup> As teses de doutorado na Alemanha do século XVIII eram escritas em latim. Interessante notar que Carlos V era analfabeto e, portanto, incapaz de ler o que lá estava escrito.

<sup>287</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 75.

<sup>288</sup> Conjunto de elementos externos que fazem com que o ato seja provado.

<sup>289</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 41.

*delicti*, de modo a indicar a piedade das pessoas. A ideia *corpus delicti* surge dessa bula e, primeiramente, surge como ideia processual, ou seja, como um conjunto de vestígios do crime. Assim, quando o *tatbestand* foi criado, a ideia que se fazia sobre ele era de cunho processual. O *tatbestand* foi tratado pela doutrina da época como um conjunto de elementos exteriores que faz com que uma conduta seja considerada criminosa<sup>290</sup>. Foi criado com o princípio da legalidade, que precisou ser descrito em lei<sup>291</sup>.

A doutrina passou a tratar o *tatbestand* como um conjunto de elementos necessários para gerar o crime<sup>292</sup>. Em especial, Stübel passou a encará-lo como um conjunto de elementos exteriores que faz com que uma conduta seja considerada crime. Isso teve um reflexo legislativo, por exemplo: o §59 do primeiro Código Penal alemão de 1871, ao trazer a palavra *tatbestand*, fez com ela fosse adjetivada pelo predicativo legal, passando a ser denominado ‘ato existente legal’ – *corpus delicti* –, ou seja, conjunto de elementos exteriores descritos na lei, o que consistiu na cominação de um processo doutrinário<sup>293</sup>.

Quando Beling escreveu o seu livro “A doutrina do crime” (*Die Lehre vom Verbrechen*), afirmou que a tipicidade é um conceito tão amplo que se for retirado da dogmática penal, nenhuma falta fará, porque o crime é só uma antijuridicidade culpável. Para racionalizar o conceito de tipicidade é necessário reduzi-lo; não pode ser identificado com crime<sup>294</sup>.

Ao tempo que Beling vai escrever a sua teoria, a situação já era outra, pois o Direito Penal se encontrava situado mais próximo da legalidade. Quando escreveu seu livro “A conduta”, o princípio da legalidade já se achava consolidado na Alemanha. Porém, quando Binding escreveu sobre “O Direito”, o princípio da legalidade ainda não estava estabelecido na Alemanha.

O princípio da legalidade provém de Feuerbach (1801); logo, resta saber por que ainda não está consolidado. Em 1871 o Código Penal alemão ganhou existência para consolidar a unificação do Império, sendo esta a primeira providência do rei da Prússia. Mas apenas em 1872 entra em vigor, e tem conceitos muito amplos, que são completados pelos costumes, ou seja, o Código Penal não restringe, não confere taxatividade. Por isso Binding cria o conceito

<sup>290</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias...**, *op. cit.*, 1980, p. 21-22; e BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 43.

<sup>291</sup> BELING Ernest von. **Esquema...**, *op. cit.*, 1944, p. 3.

<sup>292</sup> LUISI, Luiz. **O tipo...**, 1987, p. 13 *et seq.*

<sup>293</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 41-44.

<sup>294</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 80.

de norma penal em branco<sup>295</sup> e define-o, em linguagem figurada, como “corpo errante em busca de sua alma”<sup>296</sup>. No magistério de Binding, de acordo com Jorge Miranda e Miguel Machado:

[...] a identificação da origem do conceito é útil para obter a necessária aproximação ao seu sentido rigoroso. Ele deve-se a Karl Binding, como «Blankettstrafgesetz»... Nessa origem, a noção de norma ou lei penal em branco serviu, na Alemanha, para explicar os casos em que a lei do Império (Código Penal do Reich) deixava a determinação da hipótese de facto nas mãos dos Estados federados (Länder) ou dos municípios. A norma penal em branco concebe-se, por isso, em princípio, como «autorização» ou «delegação» da parte de um órgão legislativo superior relativamente a órgãos de grau hierárquico inferior: a norma resultante só é válida, do ponto de vista da hierarquia das fontes, em virtude da autorização concedida pela lei penal em branco<sup>297</sup>.

A redução do conceito de tipicidade lhe confere a função de tipicidade que na teoria do crime é a de enquadramento; serve para duas coisas (Beling): (1) é a determinação do concurso aparente de normas penais; (2) funciona como determinação de quando o crime é consumado ou tentado. Portanto, são as duas consequências imediatas da tipicidade, além de esclarecer a unidade do ato nas ações complexas e para decidir sobre o concurso de pessoas<sup>298</sup>.

Para Beling, a ação não é elemento da tipicidade. O enquadramento da ação na tipicidade é fruto de um crítico deste doutrinador, neste caso, Mayer, que ao invés de invalidá-la, serviu-se dela (pelos outros) para reenquadrá-la<sup>299</sup>. Em 1915 Mayer diz que o núcleo da tipicidade é a ação<sup>300</sup>; já Beling definiu a ação como “fantasma sem sangue” (*gaschtobne bluter*), uma vez que a ação não integra um juízo de tipicidade<sup>301</sup>.

Para Beling, em seu livro “Esquema de Direito Penal” (*Esquema de derecho penal*), tudo o que não for unidade dialética entre querer e fazer está fora do Direito Penal. Ou seja,

<sup>295</sup> BINDING, Karl. **La culpabilidade...**, *op. cit.*, 2009, p. XVIII.

<sup>296</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 170, e COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal**: curso completo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 21.

<sup>297</sup> MIRANDA, Jorge; MACHADO, Miguel. **Constitucionalidade da proteção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 4, fasc. 4, outubro-dezembro de 1994, p. 484-485.

<sup>298</sup> JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Losada, p. 661-662 *apud* BRANDÃO, Cláudio, **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 81: “Parafrazeando Jiménez de Asúa, Beling deu uma função ao *Tatbestand*, pois enquanto uma descrição legal, ele serve para classificar as infrações, estabelece o conceito de tentativa, para decidir sobre o concurso aparente de normas, para esclarecer a unidade do ato nas ações complexas e para decidir sobre o concurso de pessoas”.

<sup>299</sup> CERESO MIR, Jose. **Curso...**, *op. cit.*, 1993, p. 307, e MAYER, Max Ernest. **Derecho penal** – partegeneral. Trad. Sergio Politoff Lifschitz; rev. de José Luis Guzmán Dalbora,. Montevideo: BdeF, 2007, p. XXVIII.

<sup>300</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 90 *et seq.*

<sup>301</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 82.

devem-se afastar do Direito Penal os movimentos reflexos, os estados de inconsciência e os estados de perigosidade manifestados<sup>302</sup>.

Essa dogmática surge, e com Beling passa a ter três estágios sucessivos. Binding faz críticas ferozes ao conceito de Beling, e tal conceito seria esquecido se não fosse a obra de Mayer<sup>303</sup>. Para Beling, tipicidade/ tipo é uma pura descrição objetiva<sup>304</sup>. Não se tem uma palavra diferente para tipo penal e tipicidade, apenas *tatbestand*.

Tipicidade surge como cumprimento ao princípio da legalidade, mas quando se diz que a tipicidade é uma pura descrição objetiva, isso vai de encontro à natureza das coisas, pois ao se tipificar uma conduta, segundo M. E. Mayer, identifica-se que esta é digna da aplicação de uma pena<sup>305</sup>. E a conduta digna de pena por si mesma é de pouco ou nenhum valor. Já existe um juízo de valor prévio que inviabiliza a identificação como uma pura descrição objetiva<sup>306</sup>. Quando o conceito de tipicidade foi modificado por Mayer, ocorreu a possibilidade de operacionalizá-lo, pois este autor aproximava esse conceito da realidade. Sobretudo porque, além do desvalor inicial da tipicidade, Mayer afirmava que a ação era o núcleo da tipicidade<sup>307</sup>. Ele só pôde fazer isso porque se afastou do *hegelianismo* e de sua influência.

A Escola de que Mayer fazia parte afirmava que **Immanuel Kant** (1724-1804, **kantismo** e **neokantismo**<sup>308</sup>), expoente do criticismo<sup>309</sup>, operou um corte epistemológico em Aristóteles, que havia trabalhado o conceito de ser e suas causas primeiras (os princípios do ser, identidade, não contradição e terceiros excluídos): causa formal, material, eficiente e final<sup>310</sup>. Kant fez um corte epistemológico na sua crítica da razão pura<sup>311</sup> promover a distinção

<sup>302</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias...**, *op. cit.*, 1980, p. 20 e Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 82.

<sup>303</sup> LUISI, Luiz. **O tipo...**, *op. cit.*, 1987, p. 17; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 77; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La ley el delito** – Principios de derecho penal. Buenos Aires: Sudamericana, 1967, p. 237 *et seq.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Losada, 1951, t. III, p. 657 *et seq.*; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 85.

<sup>304</sup> CEREZO MIR, Jose. **Curso...**, *op. cit.*, 1993, p. 306; e BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 80 *et seq.*

<sup>305</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 91 *et seq.*

<sup>306</sup> LUISI, Luiz. **O tipo...**, *op. cit.*, 1987, p. 27, e BRANDÃO, CLÁUDIO. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 96.

<sup>307</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 91.

<sup>308</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 34, e MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes...**, *op. cit.*, 2002, p. 235.

<sup>309</sup> ZAFFARONI, E. Raul *et al.* **Direito...**, *op. cit.*, novembro de 2006, p. 523 e MAYER, Max Ernest. **Derecho...**, *op. cit.*, 2007, p. XXVI.

<sup>310</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 29; e LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 127.

<sup>311</sup> ZAFFARONI, E. Raul *et al.* **Direito...**, *op. cit.*, novembro de 2006, p. 521 e BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 34; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 138.

entre **ser** e **dever ser**, lançando mão da ideia de imperativo categórico<sup>312</sup>. A base de toda a filosofia de Kant era um dever ser<sup>313</sup>, *v.g.*, não devo fazer nada ao outro que não queira que seja feito a mim (isso é um imperativo categórico de Kant)<sup>314</sup>.

Hegel, ao racionalizar e estabelecer o imperativo categórico como comando obrigatório, coloca-o como um procedimento de lógica e realidade (só é racional o que é real, e o que é real é racional<sup>315</sup>) e afasta a teoria de Kant. Com Hegel esse imperativo levou ao ser e não ao dever ser (o imperativo de Hegel era vinculado à racionalidade) – por exemplo, é irracional matar, logo matar é irreal, sendo uma ideia de ser e não de dever ser (é a grande dificuldade que a teoria de Hegel enfrenta).

Os críticos de Hegel retomaram Kant e asseveraram que Hegel havia explicado o lado da natureza, porém ao lado desta existe o mundo da cultura. Enquanto o mundo da natureza é explicado, o da cultura é compreendido; o ato gnosiológico da cultura é a compreensão, enquanto o da natureza é a explicação (descrição racional da realidade). A cultura não pode sê-lo porque o sujeito que conhece interage com a realidade e esta depende do sujeito que a conhece.

A escola neokantiana separou o mundo da natureza do mundo da cultura<sup>316</sup>. Ao colocar o Direito no mundo da cultura, a ideia de desvalor e valor irá nortear todo o pensamento daquela época, incluindo o neokantismo<sup>317</sup>. Afirma-se aí que o legislador, quando tipifica uma conduta, já emite um juízo de valor prévio do que considera digno de uma pena, e com isso nega o tipo e a tipicidade como pura descrição objetiva<sup>318</sup>. Mezger considera que o tipo é um tipo de injusto<sup>319</sup> e, portanto, é ele próprio portador da valoração jurídico-penal no âmbito da delimitação entre Direito e injusto<sup>320</sup>.

<sup>312</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões...**, *op. cit.*, 1999, p. 92.

<sup>313</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 84.

<sup>314</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 138-139.

<sup>315</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 86.

<sup>316</sup> ZAFFARONI, E. Raul *et al.* **Direito...**, *op. cit.*, novembro de 2006, p. 521; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 138.

<sup>317</sup> ZAFFARONI, E. Raul. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 87.

<sup>318</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 56-57.

<sup>319</sup> MEZGER, Edmund. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, Julio de 1958, p. 89. Trecho: “[...] *Fundamental para todo lo demás – es conveniente señalarlo desde ya – resulta la distinción entre tipo de acción y tipo del injusto (§ 59). En la actualidad, la inobservancia de esta distinción se há convertido, para la dogmática, en una fuente de graves errores, y de ello se tratará extensamente em el § 19*”.

<sup>320</sup> CERESO MIR, Jose. **Curso...**, *op. cit.*, 1993, p. 307 e 319.

Como se pode, ou não, vincular a ideia de culpabilidade à ideia de reprovabilidade? Ou não se pode vinculá-las? A culpabilidade não surge na ideia hegeliana como reprovabilidade, mas como vínculo psíquico.

A ideia de Binding, que vem de Hegel, ou seja, vontade geral<sup>321</sup>, foi usada por Rousseau: não a vontade soberana, mas a vontade geral. A ideia de comando é vinculada à ideia de vontade geral<sup>322</sup>.

Na teoria de Binding há distinção entre norma e lei. A norma estabelece um comando imperativo, decorrente da vontade geral, no sentido de que não é uma criação do legislador como no caso da lei, mas um comando que é extraído, pois a norma é supralegal, derivada da vontade geral.

Vontade geral era uma condição para a compreensão da teoria de Binding. Merkel também usa o mesmo conceito de vontade geral. Eles se inserem no contexto do século XIX. Tem-se a ideia forte – o idealismo de Hegel. Essa ideia de vontade geral provém de Hegel<sup>323</sup>.

Quando Binding cria sua teoria geral, ele o faz, conforme alguns penalistas, em especial Merkel, com base na consolidação da ideia do injusto culpável. Binding dá continuidade à teoria do injusto culpável, mas não pode se afastar da ideia de vontade geral, conceito-chave do Direito da sua época. Esse conceito não é criado a partir da lei, mas da norma, e a norma é supralegal.

Binding usa essa ideia de “alma e corpo”<sup>324</sup> para a norma penal em branco. Afirma que a norma penal em branco é a alma que é completada com o corpo. Ocorre que a lei à época não era descritiva; a própria norma penal em branco foi criada pela ausência de descritividade da lei, ou seja, a lei era pouco taxativa e o costume fazia com que uma determinada conduta fosse crime (às vezes, em determinado local existia, mas em outro, não, em razão do costume). Essa incongruência poderia ocorrer se não houvesse o princípio da legalidade. Com a lei dos crimes ambientais, *v.g.*, com a floresta que atravessa de um Estado ao outro, como saber o que em um Estado é crime, mas no outro não? Essa incongruência é dirimida pelo princípio da isonomia, porquanto a legalidade não a resolveria.

---

<sup>321</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 86-87.

<sup>322</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

<sup>323</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 76.

<sup>324</sup> Binding, ao tratar de norma penal em branco, define-a como “um corpo errante em busca da sua alma” (*apud* Soler, **Derecho Penal argentino**, Buenos Aires: TEA, 1976, v. 1, p.122).

A linguagem/ denominação tutela transindividual não é descrita pelos autores do século XIX, encontrando guarida tão só no Direito Penal Econômico. O conceito de delito penal econômico não é novo, porém seu estudo mais efetivo é recente<sup>325</sup>, e mais recente é o estudo pela autonomização<sup>326</sup>. A Alemanha toma como referência, na parte especial de Maurach, a ideia de difuso e coletivo. Essa primeira referência de Maurach é estendida ao Direito Penal Econômico a partir dos crimes contra os sentimentos religiosos e do respeito aos mortos.

A ideia de Binding também tem reflexos na problemática do **erro**<sup>327</sup>. Falou-se em erro de proibição pela primeira vez em 1925 com Graf zu Dohna<sup>328</sup>. Com essa ideia de erro de tipo e erro de proibição tratou-se da falta de consciência/ antijuridicidade. Importante notar que Graf zu Dohna foi professor de Welzel, como já abordamos.

Como já fora tratado, Beling desloca o conceito de tipicidade para o juízo prévio da culpabilidade e antijuridicidade como a consequência do princípio da legalidade, como redução deste mesmo conceito. Afirma que esse conceito é como um “fantasma sem sangue”, ou seja, a ação não faz parte dele. Quem coloca ação na tipicidade é M. E. Mayer.

Beling identifica como dolo naturalístico e diz estar no tipo, ou seja, enfatiza a vontade da ação (dirigida a um fim). Ele acreditava que só estava a desenvolver uma teoria do professor Binding<sup>329</sup>; não julgava estar criando um elemento novo. Graf zu Dohna se utilizou da ideia de norma de Binding, vinculada à antijuridicidade, para criar o conceito de erro quanto à proibição. Bem jurídico provém de Binding,<sup>330</sup> sendo usado pela primeira vez apenas em 1834<sup>331</sup>.

Beling, quando assumiu a cátedra de Direito Penal, assumiu concomitantemente a de Filosofia do Direito. Na cátedra de Filosofia escreveu um texto em que admite sua adesão à filosofia positiva, o que significava uma depuração. Seria científico tudo o que fosse geral/ universal. Essa característica como condição para a cientificidade do conhecimento é declarada por Beling como premissa da ciência e do conhecimento. Diz que só se pode ter um

<sup>325</sup> PRADEL, Jean. **Droit Pénal Économique**. Paris: Mémentos Dalloz, 1982, p. 1.

<sup>326</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico*. In: **Direito Penal Econômico**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários. 1985, p. 28.

<sup>327</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias...**, *op. cit.*, 1980, p. 49.

<sup>328</sup> Livro intitulado **Direito e erro**.

<sup>329</sup> BINDING, Karl. **La culpabilidade...**, *op. cit.*, 2009, p. XX; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 84.

<sup>330</sup> BINDING, Karl. **La culpabilidade...**, *op. cit.*, 2009, p. XVII, XXX e XXXI.

<sup>331</sup> BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**, t. I, 1. ed. 1872, p. 189-190.

critério de cientificidade se uma lei, não no sentido jurídico, mas no sentido científico, for válida independentemente do lugar e do tempo. A não modificação da lei no espaço e tempo demonstra sua universalidade. A generalidade é declarada por Beling como condição da validade da ciência, isto é, o conhecimento só é científico se enquadrado nessas leis.

Essa mudança metodológica em geral é notada desde o positivismo de Augusto Comte, que estabelecia o que é física social. Com o início da Sociologia, Durkheim<sup>332</sup>, ao tratar da lei do suicídio, estabeleceu ser este universalmente proporcional ao pacto social. Assim, a ideia da não modificação pelo espaço e tempo está presente desde o início da Filosofia.

Quando se começa a teorizar sobre a ação, nenhum dos autores do século XIX chama a teoria da ação de **causalista**. **Franz von Liszt** (1851-1919)<sup>333</sup> diz que ação é movimento corpóreo voluntário<sup>334</sup>, mas em nenhum momento considera a teoria causalista como ação. Contempla: (1) vontade, (2) movimento do mundo exterior e (3) causalidade, que liga a vontade ao mundo exterior.

Beling é que inaugura esta denominação, ou seja, chama a estrutura acima de teoria causalista. Curioso é que denomina teoria causalista da ação, dando ênfase ao fenômeno da causalidade. Fenômeno da lei física, logo ciências da natureza, com generalidade e universalidade, associadas à teoria da ação.

A ação serve para afastar do Direito Penal os estados de inconsciência, que são modificações do mundo exterior não domináveis pela vontade, v.g., sonambulismo, desmaio etc. – e não ação. Os movimentos reflexos são modificações no mundo exterior não controláveis pela vontade, logo também não constituem ação.

Beling afirma que essa ação não integra a tipicidade porque a ação é um “fantasma sem sangue”, o que não implica não ser parte integrante do crime. A ideia do movimento reflexo é muito anterior a ele, mas a ideia de estruturar a teoria do crime, não. Não é sequer obra dele, pois deriva do neokantismo. Para Beling, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade não dependem de ação, pois antes de a ação existir, existe o fenômeno da norma, e com esta tudo se resolve. Neste panorama surge a tripartição do crime<sup>335</sup>. Quando esse positivismo, que tem em Beling sua conclusão, gera a tripartição, não há a necessária

---

<sup>332</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 35.

<sup>333</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 60.

<sup>334</sup> BELING, Ernest von. **Esquema...**, *op. cit.*, 1944, p. 20.

<sup>335</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 54-55.

divisão do Direito entre natureza e cultura. A tripartição naquele momento não tem a ver com a ação; isso só ocorre com a teoria finalista do crime.

A ação possui um elemento de enlace, porque os três elementos dependem da ação. Antes só havia a antijuridicidade culpável; então, ao efetuar a tripartição, Beling faz uma separação e uma coordenação. Ele não diz em momento algum que a ação é um enlace ou perpassa o conceito de crime, pois era influenciado e conduzido pelo positivismo. Quando apresenta sua teoria, foi criticado pelos colegas positivistas, e, sobretudo, pelos neokantianos.

(1) Por que a tripartição não caiu ante o neokantismo, já que ela foi formulada diante do positivismo? (2) E os autores posteriores a Beling, *v.g.*, Mezger e Mayer, por que não rejeitaram essa tripartição, mas fizeram uma reinterpretação da sistemática do crime? O que em Merkel é ideia de antijuridicidade surge como característica geral em Beling, ou seja, este vai estabelecer as características gerais de antijuridicidade e, no que respeita à imputabilidade, estabelece as condições para a própria consideração subjetiva do crime.

Os neokantianos discordam de Beling e dizem ser inválidas as premissas como estabelecidas, já que essa separação com a tripartição do crime não pode ser verificável por conta das bases epistemológicas, que não são generalidade e universalidade, mas baseadas em valores, em culturas. Porém eles não prescindem da tripartição criada por Beling. O que o neokantismo promovia, através da cultura, era a valoração de algo<sup>336</sup>. Beling não se preocupava em valorar, mas o neokantismo traz a ideia de valores. Valorar, entretanto, o quê? A norma, a conduta?

O desvalor é feito sobre a conduta antes de qualquer coisa, o que será o núcleo do primeiro elemento. A conduta é tida como núcleo da tipicidade, porque o objeto parte da conduta, que será contra ou não o Direito. É sempre com relação à conduta que se torna possível um juízo de valor. Procurava-se diferenciar natureza e cultura a partir da inserção no Direito Penal de conceitos que não fossem vagos e modificados em qualquer tempo, mas sim produto de um juízo de valor que não era feito de forma abstrata, senão concretizado em uma ação. A partir daí a ação passa a ter um sentido diferente.

---

<sup>336</sup> PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 31.

#### 2.1.4 Mezger, Mayer, Frank, Zu Dhona, Freundenthal e Goldschmidt: aspectos fundamentais da dogmática penal quanto ao neokantismo

O que foi condição para **Edmund Mezger** (1883-1962) e **Max Ernest Mayer** (1875-1923)<sup>337</sup> criarem um sistema de Direito Penal baseado no neokantismo e na dicotomia natureza e cultura, afastando-se do positivismo? Tal formulação ocorreu em 1907, com a teoria normativa da culpabilidade<sup>338</sup>. Não era possível que a tripartição do crime continuasse como um método estruturado em elementos sucessivos. O conceito tripartido, à época, não era um conceito dominante. Nunca é demais lembrar que **Alexander George Theobald Conde Dohna-Schlodien** [1876-1944 (conde **Graf zu Dohna**)] foi professor de Welzel, contemporâneo de Mezger, e nasceu após Mayer, mas não deixou de ser seu contemporâneo. Ele trabalhou explicitamente a denominação elemento subjetivo do tipo<sup>339</sup>. Graf zu Dohna estabelece a culpabilidade como elemento primeiro do crime, e em seguida menciona a tipicidade, que Welzel apresenta posteriormente, como sendo o primeiro<sup>340</sup>.

A tripartição não era consenso, mas uma opção que se consolidou apenas com o finalismo. A formulação da teoria normativa da culpabilidade foi condição. Essa formulação tem um pai, e seu nome é **Hans Frank** (1860-1934)<sup>341</sup>, que escreve um livro, em 1907, intitulado “Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade” (*Über den Aufbau des schuld begriffs*). Este livro pretende aproximar a doutrina que é escrita acerca da culpabilidade, da jurisprudência. Conclui-se daí que havia um distanciamento do que a jurisprudência fazia para o que a dogmática pregava. A doutrina penal, assim como todo ramo do conhecimento, estava influenciada pelo positivismo. Tinha-se o argumento de que a

<sup>337</sup> BINDING, Karl. **La culpabilidade...**, *op. cit.*, 2009, p. XXI.

<sup>338</sup> Cf. WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 91: “O primeiro passo para a compreensão do caráter normativo da culpabilidade foi dado por Frank (*Uufbau des Schuldbergriffs*, 1907), e seguiram-no de pronto Beling (*Unschuld, Schuldproblem*), Freundenthal (*Schuld und Vorwurf*, 1922) e a doutrina majoritária. Ainda não havia sido esclarecida, todavia, a relação entre reprovabilidade e ‘o vínculo psíquico’ no conceito de culpabilidade, como elemento essencial, pelo menos no dolo. Dhona (*Aufbau*, 32) foi quem deu o passo decisivo para ‘a compreensão de que no juízo de culpabilidade, do mesmo modo que na constatação da antijuridicidade, nos encontramos ante o resultado de uma *valoração*’; separou taxativamente a *valoração* (reprovabilidade) e seu objeto (dolo) e reduziu o conceito de culpabilidade à *valoração* do objeto [...]”.

<sup>339</sup> MEZGER, Edmund. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, Julio de 1958, p. 137; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 107 *et seq.*, e nota de rodapé n. 134.

<sup>340</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 91-92; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 108.

<sup>341</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 91; BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 138-141, e BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 135 e p. 140-141.

causalidade psíquica mais a causalidade física (a ação) constituíam um fenômeno criminal, portanto, o crime era a causalidade física associada à causalidade psíquica<sup>342</sup>.

A causalidade psíquica afirmava que a culpabilidade era o vínculo que relacionava o intelecto do agente ao resultado produzido, o que ligava o autor ao resultado, isto é, à provocação voluntária do resultado, chamado de dolo. Há, somente, a noção de dolo naturalístico dissociada da ideia de *dolus malus* dos romanos; a provocação involuntária era a culpa.

Tal dicotomia, percebe-se, é despida de elementos normativos, como queriam os hegelianos, ou seja, os positivistas. Mas a jurisprudência havia se deparado com alguns casos, dentre eles um paradigmático, que afastaram completamente a sua aplicação daquela defendida pela doutrina, pois a jurisprudência nunca conseguiu operacionalizar com precisão os conceitos hegelianos, uma vez que tais conceitos se afastavam da ideia de valor. Sendo o próprio ato jurídico uma sentença, que deriva do latim *sentire*, é muito improvável um ato jurídico que conclua um processo sem emitir um valor, porque a própria etimologia da palavra sentença explicita o sentimento. Entre os casos paradigmáticos, ressalta-se o da “égua que não obedece às rédeas” (*Leinenfänger*)<sup>343</sup>.

Em 1884 ocorreu a revolução na Alemanha (Stuttgart). Surge a primeira fábrica de automóveis (Mercedes Benz), e a partir daí o crime culposos, pois até os delitos de circulação não havia previsão dos crimes culposos<sup>344</sup>, salvo na época do imperador Adriano, nos casos de homicídios, quando a culpa então era um quase delito. O fato é que o automóvel era algo existente no século XIX, mas não era comum, como, por exemplo, hoje não é comum se ter um avião. Somente as pessoas muito ricas tinham um automóvel, sendo um sinal de distinção. Nas grandes cidades existiam clubes de automóveis, aos quais os distintos se associavam.

---

<sup>342</sup> WELZEL, Hans. *O novo...*, *op.cit.*, 2001, p. 91, e BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro: v. 1, n. 1, p. 6-28, janeiro/julho 2009, p. 3.

<sup>343</sup> Caso citado por VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. t. I. Belo Horizonte: Del Rey. 1997, p. 401-402; JIMENÉZ DE ASUA, Luiz. **La Ley y el Delito**. Caracas: Andrés Belo. 1945, p. 513, e BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 144-145; CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal...**, *op. cit.*, 2012, p. 82-83

<sup>344</sup> Quanto aos delitos culposos, WELZEL, Hans. *O novo...*, *op. cit.*, 2001, prólogo do autor à 4. ed., p. 18, justifica: “[...] No que diz respeito à nova edição, posso repetir o que disse no prólogo da 7ª (10ª) edição do meu *Manual*. Por duas razões voltam os delitos culposos a ocupar posição de destaque na reelaboração: em primeiro lugar, porque, com o desenvolvimento do trânsito nos últimos trinta anos, esses delitos experimentaram um crescimento indubitável e com isso adquiriram irremediavelmente uma importância prática maior do que a que tinham até agora [...]”.

Serviam como meio de transporte comum as carruagens (coches). Existiam empresas especializadas que alugavam carruagens para transporte, juntamente com um cavaleiro, e este fazia o serviço de transporte. Outra curiosidade é que o dono da empresa era dono da quase totalidade das empresas de transportes e tinha um animal de uso pessoal – uma égua de caça. Certa feita, o dono da empresa determinou que seu empregado a colocasse para transporte, e este se negou a fazê-lo, pelo que recebeu ameaça de demissão. Ocorreu então um infortúnio, provocado pelo animal: a égua avistou uma caça e saiu em desabalada carreira, sem atender às ordens do cavaleiro, atropelando pessoas. O juiz de primeiro grau condenou o dono e o empregado como autores das lesões, porém o Tribunal do Império alemão afastou a condenação do empregado, argumentando que este não tinha opção entre o comportamento conforme e o contrário ao Direito, já que para haver a censura jurídica é necessária a existência de opção entre o comportamento conforme e o contrário ao Direito<sup>345</sup>.

Até o ano de 1907 essas expressões de censura ao comportamento não estavam presentes nas obras doutrinárias. Entretanto, tais conceitos eram aplicados na prática jurisprudencial da época, e Frank afirmava ser necessário aproximar a dogmática penal da prática jurisprudencial. Ao fazer tal aproximação, ele modificou o conceito de culpabilidade, tornando possível operacionalizar o conceito tripartido no neokantismo<sup>346</sup>.

A modificação foi da seguinte ordem: sendo a culpabilidade um vínculo psíquico, então ela está na cabeça do agente<sup>347</sup>. O vínculo psíquico é um produto do intelecto e da volição. Tanto que a culpa inconsciente não é compatível com a teoria psicológica da culpabilidade, pois o sujeito não chega a prever a possibilidade do resultado, e por isso não afasta sua ocorrência; tampouco chega a prever a possibilidade do resultado.

Isso é a ausência de qualquer vínculo psíquico entre o sujeito e o objeto, o que significa que a culpabilidade é um juízo de censura, isto é, a reprovabilidade<sup>348</sup>; logo, não

---

<sup>345</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 89; BRANDÃO, Cláudio. **Teoria...**, *op. cit.*, 2002, p. 178-179 e BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 167; CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal...**, *op. cit.*, 2012, p. 82-83.

<sup>346</sup> FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Segunda reimpressão. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004, p. 42.

<sup>347</sup> Cf. WELZEL, Hans (**O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 88-89, quanto à culpabilidade: “A essência da culpabilidade pode ser definida, do modo mais exato, por meio da palavra, não muito bela do ponto de vista estilístico, “reprovabilidade”. [...] o ordenamento jurídico personificado na figura do legislador ou do juiz, denomina-se também, muitas vezes, à reprovabilidade *reprovação* da culpabilidade e à culpabilidade *juízo de culpabilidade*. Isso não é prejudicial quando se tem sempre em mente o caráter metafórico dessas expressões, e se recorda que a **culpabilidade é uma qualidade negativa própria da ação do autor e não está situada na cabeça das outras pessoas que julgam a ação**” [Grifo nosso].

<sup>348</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 88.

pode estar na cabeça do agente, tem de estar na cabeça do juiz. Nunca os juízes alemães abriram mão de asseverar que a culpabilidade era um conceito exarado pela jurisdição, portanto a culpabilidade sempre foi, na prática judicial, aplicada como uma realidade presente na cabeça do juiz.

Quando Frank diz que a culpabilidade é um juízo de censura<sup>349</sup>, possibilita que a doutrina construa um conceito de acordo com que era a realidade. Frank enfatiza que a culpabilidade é um juízo de censura, e se utiliza de uma chave (expressão talismã) que servirá para aqueles casos nos quais não se encontra a liberdade de opção de acordo com o comportamento conforme ou contrário<sup>350</sup> ao Direito, presentes na ação do agente. Não havendo opção, haverá a exclusão de responsabilidade da pena. Essa expressão talismã é a “**circunstância concomitante**”<sup>351</sup>.

Frank afirmava que se algumas circunstâncias que são externas ao agente, mas são concomitantes a sua ação, impedirem a liberdade de escolha entre o comportamento conforme e o contrário ao direito, a culpabilidade estará excluída e não se fará censura do agente, logo não se aplicará a pena a ele. Ao construir o conceito de circunstância concomitante, Frank também fornece outros elementos de base da culpabilidade. **Bertold Freudenthal** (*Schuld und Vorwurf*, 1922), que era contemporâneo de Frank<sup>352</sup>, chama as **circunstâncias concomitantes de exigibilidade de conduta diversa** – valoração acerca da censura feita em face do sujeito<sup>353</sup>. É o reconhecimento de que aquele sujeito na hora da ação não dispunha de opção entre o comportamento conforme e o comportamento contrário ao Direito. Isso constitui uma valoração então defendida pelos neokantianos.

Quando o conceito de culpabilidade chega até Mezger já está distante de possuir a pureza que os hegelianos pretendiam. A obra de Max Ernst Mayer é de 1915 e o conceito de culpabilidade experimentou tais flutuações entre 1907 e 1912. Então, antes da sucessão que Mayer defendeu e do conceito de tipicidade defendido também por ele, o conceito de

<sup>349</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias...**, *op. cit.*, 1980, p. 40; CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal...**, *op. cit.*, 2012, p. 83.

<sup>350</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 135-136.

<sup>351</sup> FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura...**, *op. cit.*, 2004, p. 27; BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. *In: Revista Internacional de História Política e Cultura jurídica*, Rio de Janeiro: v. 1, n. 1, pp. 6-28, janeiro/julho 2009, p. 4.

<sup>352</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 91.

<sup>353</sup> FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Traducción e y prólogo del doctor José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003, p. 80-81.

culpabilidade já havia sido readaptado com a intenção de aproximar a jurisprudência da teoria penal.

O vocábulo tópica<sup>354</sup> não é declarado por eles, embora uma valoração por si já reflita a tópica. Há um substrato, uma tópica, porque não se pode fazer uma valoração sem promover uma tópica<sup>355</sup>. Não existe uma valoração universal na perspectiva neokantiana, mas apenas em outras óticas. Nem toda valoração é de justiça, mas Mezger tem uma oscilação muito grande em suas obras. O aludido doutrinador diz que essa questão da valoração deve ser feita sempre em face de um determinado autor de um fato típico e antijurídico. Para ele, o fato típico e antijurídico é único. Acrescenta que a antijuridicidade se encontra dentro do conceito de fato típico<sup>356</sup>.

Antijurídico é o legalmente tipificado, logo no conceito de antijuridicidade, que está dentro de tipicidade, Mezger diz que o “tipo é portador legal do desvalor da antijuridicidade” – *ratio essendi*<sup>357</sup>. Só se pode fazer um juízo de censura em face de uma ação típica e antijurídica concreta<sup>358</sup>. E para corroborar ainda mais a valoração que a antijuridicidade encerrava, ao lado de Frank e Freudenthal surge outro pensador, **James Goldschmidt** (1874-1940)<sup>359</sup>. Este trabalhou o conceito de dolo e propôs que tal conceito retornasse à concepção de *dolus malus*, a qual foi adotada nas obras do “Espírito do Direito romano” de Ihering, que considerava dolo como vontade e consciência de ilicitude, e não apenas vontade aliada a resultado. A consciência da ilicitude é atual, presente, e não potencial; era algo que daria ao dolo um caráter normativo, aproximando-o da realidade.

<sup>354</sup> BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-Constitucional do Direito Penal. In: Luiz Regis Prado (Coord.). **Direito...**, *op. cit.*, 2007, p. 127.

<sup>355</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método...**, *op. cit.*, 2002, p. 92, *in verbis*: “Para VIEHWEG, ‘tópica é uma técnica de pensamento problemático’; ‘uma técnica do pensamento que se orienta rumo ao problema’. O procedimento da tópica consiste em encarar os problemas pela perspectiva de diferentes pontos de vista (*topoi*), que, numa etapa mais avançada, passam a se integrar em determinados catálogos ou listas de *topoi*, isto é, em ‘repertórios de pontos de vista’. ‘Em qualquer caso, pois, a estrutura jurídica total que realmente tem de ser encontrada não é um sistema em sentido lógico’. ‘A categoria do sistema dedutivo’ é ‘inadequada’ para ciência do Direito; e mais, é um impedimento para a visão’.”

<sup>356</sup> MEZGER, Edmund. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, Julio de 1958, p. 143 *et seq.*

<sup>357</sup> MEZGER, Edmund. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, Julio de 1958,, p. 145. Trecho: “*El tipo, como tipo del injusto e nel sentido del § 59, párr. 1, circunscribe el injusto al cual el código penal liga La conminación de una pena; es ‘injusto tipificado’ (siempre que no exista una causa de exclusión del injusto). Em la descripción del injusto le corresponde, por lo tanto, una significación material, es su ‘fundamento real’, su ‘ratio essendi’, y no sólo lo su fundamento de reconocimiento, no mera ‘ratio cognoscendi’.*” [Grifo nosso].

<sup>358</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 94.

<sup>359</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 436-437; CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal...**, *op. cit.*, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012, p. 91-92.

É notável que a antijuridicidade em si já tenha caráter de valoração, porque é sempre vinculada à ideia de justificação, já que criada a partir das causas de justificação. A teorização de uma categoria geral e das causas de justificação vem de Merkel. Causa de justificação é a não valoração negativa da conduta.

Em 1915 Mayer inicia a defesa do método tripartite. Ele defende Beling e mantém a ideia de tipicidade como um elemento do crime adequado ao neokantismo. A tipicidade já encerra em si mesma uma ideia de desvalor, porque quando o legislador tipifica uma conduta, ele já reconhece que este é digno de uma pena. A partir de Mayer a tipicidade considera a ação como elemento nuclear. A antijuridicidade como causa de justificação também é produto de uma ação, e a culpabilidade será a censura sobre o autor da ação; logo, o conceito de ação possibilita que todos esses conceitos tenham juízo de valor.

#### 2.1.5 Hans Welzel: concepção finalista do crime e seus aspectos estruturais

Com **Hans Welzel** (1904-1977) a teoria finalista questiona a ideia de valor. Seu primeiro trabalho sobre o finalismo, em 1935, intitulou-se “Naturalismo e Filosofia dos Valores em Direito Penal” (*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*)<sup>360</sup>. Outra obra também muito importante e que revela as primeiras ideias da teoria, publicada em 1931, foi “Causalidade e Ação” (*Kausalität und Handlung*)<sup>361</sup>, escrita para demonstrar que o que se encontra na base de toda a transformação da dogmática penal é a questão metodológica. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade constituem um método *a priori* embasado em outro método, o neokantiano. A doutrina welzeliana só aparece por completo no seu livro “Estudos para o Sistema de Direito Penal” (*Studien zur System des Strafrecht*)<sup>362</sup>.

Quando Welzel constrói sua teoria, pretende, em primeiro lugar, depurar o método. Após o fim do regime nazista, ele se expressa assim: caso se queira superar o regime de exceção (nacional-socialismo), não se pode, simplesmente, voltar à teoria anterior a ele, neste caso, o neokantismo, mas tem-se de partir da teoria anterior para se refazer os limites<sup>363</sup>. A

---

<sup>360</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 219.

<sup>361</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria...**, *op. cit.*, 2002, p. 24.

<sup>362</sup> RODA, Juan Córdoba. **Una Nueva Concepción del Delito** – La Doctrina Finalista. Barcelona. [S.l.: s.n]. 1963, p. 41-42 e 46.

<sup>363</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria...**, *op. cit.*, 2002, p. 23.

partir daí ocorrerá uma enorme influência da teoria finalista na dogmática e na jurisprudência da época.

O que se tem a esclarecer é que Welzel propunha a mudança de limites por conta da reação ao Direito Penal arbitrário, sendo isto um jogo de retórica. Em verdade, ele antes do nazismo já propunha que a filosofia dos valores aliada ao naturalismo pudesse ser o fundamento do método penal<sup>364</sup>. Por que essa dicotomia? O conceito de ação traz o dolo, mas o dolo é valorado? Não, o dolo é exclusivamente naturalista, porém o conceito de culpabilidade é exclusivamente normativo, portanto exclusivamente valorado. O equilíbrio dessa dicotomia (valoração e naturalismo) dará o tom do que é o finalismo.

Welzel, em seu livro “O novo sistema do Direito Penal: introdução a doutrina da ação finalista”, traduzido para o espanhol por Jose Cerezo Mir<sup>365</sup> e, no Brasil, por Luiz Regis Prado<sup>366</sup>, diz assim: “se o legislador fizesse uma formulação geral, como, por exemplo, aquele que violar gravemente a sociedade será punido com uma pena lícita, certamente tal formulação geral abrangeria todas as formas de crime previstas pelo Direito Penal”. Mas, justamente por sua generalidade, é incompatível com um Direito Penal de Estado Democrático de Direito, porque não se pode conhecer, como nesta formulação geral, um conceito derivado do Direito natural escolástico, chamado matéria de proibição<sup>367</sup>.

Quando Welzel apresenta a ideia de um direito baseado num direito natural escolástico, ele já está tratando de algo que não é construído pelo direito positivo, mas anterior e superior a ele; havendo conflito, o direito positivo deve prevalecer. Interessante notar que nesse livro (“Novo sistema do Direito Penal” ou “novo enquadramento do sistema penal”), Welzel menciona o Direito natural escolástico, para abordar a matéria de proibição<sup>368</sup>.

Em matéria de proibição Welzel diz que é necessário que a tipicidade seja a mais objetiva possível ou deva se cercar tanto quanto possa de uma quantidade maior de elementos objetivos, porque esses elementos fazem com que exista a individualização da conduta proibida<sup>369</sup>. Não cabe aos elementos normativos e subjetivos individualizar a conduta normativa. A tarefa de individualização da conduta compete aos elementos objetivos, por isso

---

<sup>364</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p.73.

<sup>365</sup> WELZEL, Hans. **El nuevo Sistema del Derecho Penal: una introducción a La doctrina de la acción finalista.** Traducción e notas José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004, *passim*.

<sup>366</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, *passim*.

<sup>367</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 50.

<sup>368</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 48.

<sup>369</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 52-53.

a quantidade de elementos subjetivos deve ser suficiente para deixar a matéria de proibição individualizada. Segundo Welzel, a matéria de proibição deve decorrer do tipo, restando claro que a matéria de proibição não se confunde com o tipo, porque o tipo penal é em verdade um tipo de injusto.

A tipicidade não decorre da matéria de proibição. A matéria de proibição do tipo é individualizada a partir de elementos objetivos. A tipicidade é maior que a matéria de proibição, sendo a tipicidade de um tipo de injusto. O motivo de Welzel dizer isso é o mesmo de hoje para Zaffaroni, ou seja, toda tipicidade supõe uma opção política porque gera um desvalor<sup>370</sup>. Afirma que toda ação típica só pode ser completada com referência ao bem jurídico. A isso ele chamou de desvalor do resultado<sup>371</sup>.

A tipicidade (ação típica) não se completa apenas com a ação objetiva, e a conduta só se completa com a violação do bem jurídico. O porquê disso para Welzel? O Direito Penal tem uma função ético-social<sup>372</sup>, deve fomentar nas pessoas o medo a violação ou a exposição a perigo dos bens jurídicos; logo, o resultado da violação do bem jurídico integra o tipo de injusto. O tipo não é exclusivamente vinculado à matéria de proibição. Por isso pode-se compreender que em princípio toda conduta típica é antijurídica, conforme afirmava Welzel, salvo se estiver justificada. Porque, quando uma conduta típica se realiza, o desvalor da ação previamente se instala, já que o bem jurídico é violado e os valores se tornam definitivos ante a ausência de uma causa de justificação<sup>373</sup>.

O tipo só pode ser compreendido como tipo de injusto. Welzel faz uma necessária comparação entre tipicidade e antijuridicidade. Se o tipo é um tipo de injusto, diz respeito à lesão de um bem jurídico, portanto, tem um desvalor prévio e este desvalor se torna definidor da antijuridicidade. Diante da ausência de antijuridicidade, é necessário que o tipo seja vinculado à antijuridicidade. É diferente falar em antijuridicidade, que é uma categoria geral presente em todos os ramos do Direito, e falar de antinormatividade. A antinormatividade difere porque o tipo é um modelo abstrato, mas esse modelo abstrato supõe um comando imperativo, que é a norma; esta é uma abstração que decorre do tipo. Por quê? Se dissermos

---

<sup>370</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Derecho Penal**. Parte General. Buenos Aires: Ediar. 2002, p. 437. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 57.

<sup>371</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 57.

<sup>372</sup> WELZEL, Hans. **Derecho...**, *op. cit.*, 1970, p. 11 *et seq.* PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 37-38, e HASSEMER. W.; MUÑOZ CONDE. F. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 102.

<sup>373</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 57.

que há tipicidade de matar, de lesionar, daí se extrairá um comando/ conduta, pois é a norma que determina um imperativo<sup>374</sup>.

A antinormatividade não é a mesma coisa que a antijuridicidade porque esse imperativo pode ser permitido uma vez, já que a antijuridicidade é definida à luz das causas de justificação; e porque toda conduta típica que não estiver justificada será antijurídica. A antijuridicidade é uma categoria geral do Direito<sup>375</sup>. Welzel se baseia num trinômio: tipicidade, antijuridicidade e antinormatividade.

Em que medida (1) se encontra a influência de Merkel no pensamento trinomial de Welzel? (2) A ideia da matéria de proibição advém da ideia de um Direito natural escolástico? (3) Por que o Direito natural também é tratado por Merkel (1850)? Welzel, quando define delito, assim se exprime: o crime é uma violação intolerável aos comandos sociais e interesses sociais, que se traduz com a ação típica, antijurídica e culpável. (4) A ideia de violação intolerável é uma ideia positiva? É aí que está o fundamento do Direito natural dele.

A função do Direito Penal não é uma função pouco importante, mas uma função moral muito forte, porque para Welzel o Direito serve para afirmar os valores que levam as pessoas a não violar os bens jurídicos e a não expor outrem a perigo<sup>376</sup>. Diante desse panorama anterior e superior ao Direito positivo, a matéria de proibição tem um substrato material que advém da vontade geral, como preconizado antes mesmo de Welzel. É algo anterior e superior ao Direito positivo.

O finalismo diz que a antijuridicidade é uma ação presente e unívoca em todos os ramos do Direito. A primeira teorização geral sobre antijuridicidade se inicia com a ideia de ponderação de bens e não é outra que o estado de necessidade atual. Todas as exclusões de ilicitude têm duplo fundamento: ou são vinculadas a situação de fato reconhecida pelo Direito ou a situação não é criada pelo Direito – uma ponderação de bens, que é o caso do estado de necessidade e legítima defesa.

Na legítima defesa a violação do bem é fruto de reação a agressão não autorizada ou é formada pela atuação do direito no mundo dos fatos, num exercício regular do direito e em estrito cumprimento e dever legal. Deve-se a Merkel a ideia de unificar a ponderação de

---

<sup>374</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 59-61.

<sup>375</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 61 *et seq.*

<sup>376</sup> WELZEL, Hans. **Derecho...**, *op. cit.*, 1997, p. 2.

valores aos bens. As situações de fato reconhecidas pelo Direito que têm ponderação de bens são oriundas de Adolf Merkel. Nasce o conceito tripartido do delito a partir daí. Como já fora dito linhas acima, deve-se a Binding a tradução da palavra *imputatio* como *schuld*, que originou culpabilidade.

Deve-se a Merkel a teorização, ainda no século XIX, porque Feuerbach tratava da antijuridicidade vinculada a um tipo de homicídio. Mas a ideia de teorização e ponderação geral é devida a Merkel, que cria uma teorização geral sobre a antijuridicidade. Essa teorização, entretanto, não se dá de forma estanque, porque a ideia deste autor sobre a antijuridicidade, presente em todos os ramos do Direito, obterá enorme repercussão. Há outra questão, a ideia de dívida, que tem na teoria de Merkel vinculação com a antijuridicidade. Só os imputáveis poderiam descumprir os comandos, pois só eles compreenderiam o sentido da norma, que não é o sentido da lei.

Quando Welzel escreveu seu livro, deixou claro que a pena é uma relação que se faz entre a pessoa e o Estado. Os objetos contrapostos na relação da pena são a pessoa e o Estado. Assim, toda pena pode ser estudada sob seu aspecto pessoal e sob seu aspecto estatal. Pena é a imposição do Estado a uma pessoa, e por isso conta com dois polos: o Estado que a impõe e a pessoa que a sofre<sup>377</sup>.

Welzel divide, sob o aspecto pessoal, a análise em sentido<sup>378</sup> da pena e em impressão da pena. Quanto ao sentido da pena, Welzel utiliza uma expressão antiga que advém de Sêneca<sup>379</sup>: “as pessoas devem ser punidas porque pecaram, ao lado da pena é correspondente o mal prévio do crime; o mal do crime, portanto, deu causa ao mal da pena”<sup>380</sup>. Nesse diapasão, prossegue considerando que o sentido da pena é a justa expiação da culpabilidade, por isso a culpabilidade é o pressuposto da pena. Se a culpabilidade é o único elemento do crime que possibilita um juízo de censura sobre a pessoa, e o sentido da pena é a expiação da pessoa, logo o único elemento do crime que versa sobre a pessoa determinará a quantidade da pena. Por isso a pena nunca pode ser proporcional à intensidade do dolo, mas, ao contrário, precisa ser proporcional à culpabilidade.

---

<sup>377</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 154.

<sup>378</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 154-155.

<sup>379</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. **A lei da liberdade**: introdução histórica ao pensamento jurídico. Épocas Medieval e Moderna. 1. ed. Cascais: Principia. Abril, 2001, v. 1, p. 16.

<sup>380</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 168.

Trata da impressão da pena nos seguintes termos: “se é verdade que àquele que praticou o mal do crime deve corresponder este mal do crime com a imposição do mal justo da pena a quem o praticou, decorre daí o seu sentido”<sup>381</sup>. É verdade também que a pena deve ser vivida e experienciada como mal, porque o mal inibe os instintos, e a experiência e a vivência do mal da pena inibem os instintos. Aquele que sofreu/ experimentou o mal se esforçará para não sofrê-lo de novo. Welzel utiliza-se da expressão “puno para não pecar”; já Sêneca dizia: *punitur qui peccatur sed ne peccetur* – puno, não porque pecou, mas para não pecar<sup>382</sup>.

A ideia de sentido de impressão da pena está no polo pessoal, não no polo estatal, segundo Welzel. A pena é condição para a própria vigência do ordenamento jurídico, porque se o Direito Penal não tivesse chegado até as raias da violência, o Direito perderia sua coercibilidade, e toda coercibilidade jurídica é derivada da possibilidade de aplicação da pena, que é violência.

É a partir da definição de pena de Welzel que se entende a função do Direito Penal. A função do Direito Penal é ético-social. O Direito Penal deve fomentar a atitude necessária a proteger os bens jurídicos. Devido à ameaça da pena, tende-se a valorar determinados entes que devem ser protegidos em face de um mal. Welzel assevera: faz-se com que a atitude em face da proteção desses valores seja direcionada pelo conhecimento da proibição de violá-los. *Punitur qui peccatur sed ne peccetur*. Welzel absorve esse conceito, e é necessário, para compreendê-lo, saber o que tal conceito significa em extensão.

Em Platão há um diálogo chamado Protágoras, ou dos sofistas, onde se diz: “quem aplica um mal só por aplicar um mal não é diferente de uma besta feroz, porque aquele que aplica o segundo mal não pode apagar o mal primeiro com o mal segundo; ao contrário, novos males precisam ser aplicados para evitar que aqueles males iguais aos males primeiros tornem a se repetir”<sup>383</sup>.

Sêneca<sup>384</sup> – insistimos –, ao traduzir esse raciocínio de Platão para o latim, comentou-o num resumo: *punitur qui peccatur sed ne peccetur* – puno não porque pecou, mas para não pecar. Sêneca traduz e, via de consequência, revela o caráter preventivo da pena. Procura dar

<sup>381</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Introdução...*, *op. cit.*, 2002, p. 155-156.

<sup>382</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Introdução...*, *op. cit.*, 2002, p. 157; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito...*, *op. cit.*, 2009, p. 168, e Winfried Hassemer (*Fundamentos de Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1984, p. 347) *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, *op. cit.*, 2007, p. 89.

<sup>383</sup> Platão. “*Protágoras o de los sofistas*”. *Dialogos*. Mexico: Porrúa, 1993, p. 115.

<sup>384</sup> HASSEMER, 1984 *apud* BRANDÃO, Cláudio. *Introdução...*, *op. cit.*, 2002, p. 157.

ênfase à ideia de legitimação da pena, buscando fazer que a pena tenha caráter preventivo. Welzel não esquece a prevenção, sobretudo porque há uma função ético-social na mudança positiva de condutas pessoais, mas coloca a prevenção ao lado da retribuição.

Um parêntese deve ser feito. Não foi por acaso que o nosso Código Penal substituiu em 1984, com a Lei 7.209/84<sup>385</sup>, a expressão intensidade do dolo pela expressão culpabilidade, no parágrafo que se refere à pena. Quando se fixam as bases da pena (art. 59) o primeiro critério é a culpabilidade. Antes da Lei 7.209/84, era a intensidade do dolo. A pena serve para reprovação e prevenção do crime, assim como Welzel pretendia. O nosso Código Penal, na parte geral reformada, apresenta em várias passagens uma nítida inspiração finalista.

Quando Welzel faz a vinculação da pena com sentido e impressão, fundamenta, em última análise, a sua própria ideia da missão do Direito Penal. Ele o faz porque o Direito Penal deve ser um sistema dogmático orientado com função ético-social, mas tal sistema dogmático precisa de elementos. Tais elementos são pensados a partir da teoria da ação – é a pedra angular que faz com que os fins do Direito Penal se realizem. Tais fins são propostos na pena e se acham na própria missão do Direito Penal. Percebe-se que o fim do Direito Penal, para Welzel, não é proteger o bem jurídico, senão fazer com que exista uma atitude ético-social positiva das pessoas no sentido de não violar os bens jurídicos; é mudar a conduta interpessoal. Claus Roxin dizia que Welzel, assim como ele, era adepto da prevenção geral positiva. Faz-se com que os bens jurídicos sejam tutelados, a partir da melhoria comportamental, pela assimilação dos valores ético-sociais.

Questiona-se, portanto, por que a ação é a pedra angular da teoria do delito. Welzel dizia que o crime é composto por três estágios, que se encontram superpostos. Estão colocados juntos de modo que o elemento anterior do crime é pressuposto do posterior. Tipicidade (*tatbestandpacifickheit*) é culpabilidade (*tatbestand Schuld*). Ambos estão colocados de tal modo livre, que cada elemento posterior pressupõe o anterior. Veja-se que a ação não está definida por Welzel como elemento do crime. Ele lembra que definir a ação no crime é uma tautologia, uma vez que a ação é o elemento de ligação de todos esses elementos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade). Perceba-se uma coisa: a tipicidade é a

---

<sup>385</sup> BRASIL. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7209.htm)>. Acesso em: 4 de junho de 2012.

adequação da ação com o tipo; a antijuridicidade é a reprovação da ação; e a culpabilidade é a reprovação do autor da ação; logo, a ação é um conceito que perpassa todos eles<sup>386</sup>.

Welzel em seu artigo (intitulado “A posição dogmática da teoria finalista da ação”) diz: “colocar o conceito de ação no conceito de crime é uma verdadeira tautologia, já que o conceito de ação é integrante de todos os demais elementos”. A ação é a pedra angular do delito por ser ela o liame que prende todos os conceitos em uma unidade. Assim, a mudança do conceito de ação significa uma mudança estrutural de todos os elementos, possibilitando assim o equilíbrio do sistema. É pelo conceito de ação que se chega ao conceito de dogmática penal.

Welzel, tratando do nacional-socialismo, diz em seu artigo que quando saímos de uma situação de exceção, não é suficiente voltar ao estágio anterior da dogmática, mas temos de partir do estágio anterior para refazermos os limites<sup>387</sup>, ou seja, não basta, após o nacional-socialismo, fazer com que o Direito Penal retroaja ao estágio anterior a ele, pois já deve ter havido algum rompimento com o estágio anterior. Que rompimento foi esse?

Um autor muito citado pelos nacional-socialistas, sobretudo por Zimer, foi Binding; porém foi citado com depuração, porque insistia em falar em bem jurídico, que ele chama de *Rechtsgut*. Este advém da norma, porém Binding não identifica a norma como lei, a exemplo do que os nazistas faziam. Esse bem jurídico que advém da norma cria, segundo Zimer, obrigações cegas de cumprimento e adesão. Isso não era o que o estágio anterior ao nacional-socialismo dizia acerca do Direito Penal.

O estágio anterior ao nacional-socialismo alemão era oneokantismo. O próprio Mezger, que depois aderiu ao nazismo, tinha uma fundamentação neokantiana. O neokantismo fez uma releitura da teoria da ação do causalismo. Franz von Liszt criou a teoria

---

<sup>386</sup> PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento...**, *op. cit.*, 2011, p. 18. Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 46-47, nota de rodapé 40 *apud* ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. München: Beck. 2006, p. 195-196: “Na dogmática do direito penal moderno existe um consenso substancial que toda conduta punível supõe uma ação típica, antijurídica e culpável e que cumpre outros pressupostos da punibilidade. Toda conduta punível possui quatro elementos comuns (ação, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade)”. Adverte Brandão: “Entretanto, não está correta a inserção do conceito de ação na definição de delito, **pois essa inserção é uma tautologia**. Com efeito, a ação já está presente nos conceitos do crime em face de suas próprias definições, a saber: a tipicidade é um juízo de adequação entre a ação e o tipo penal, a antijuridicidade é um juízo de reprovação sobre a ação, enquanto a culpabilidade é um juízo de reprovação sobre o autor da ação. Deste modo, o conceito de ação, por integrar tanto a tipicidade, **quanto a antijuridicidade e a culpabilidade não pode integrar o conceito de crime sem criar uma tautologia**. (grifo nosso)

<sup>387</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria...**, *op. cit.*, 2002, p. 24.

de que a “ação é movimento corpóreo e voluntário”<sup>388</sup>. Eberhardt Schmidt<sup>389</sup> atualizou seu tratado à luz de uma teoria que buscava um juízo de valor sobre esse conceito (chamada de teoria social da ação)<sup>390</sup>.

Fundamentalmente, qual a estrutura do crime no nacional-socialismo? Havia a tripartição do delito em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, conforme definido por Mezger e Mayer<sup>391</sup>. Tal defesa não era unânime. Alguns autores não conheciam o conceito tripartite, pois era um conceito novo. A culpabilidade no estágio anterior era um juízo de censura com três elementos simultâneos (inexigibilidade de conduta diversa, imputabilidade e dolo/ culpa). Dolo e culpa eram elementos psicológicos, ao lado da inexigibilidade de conduta diversa e da imputabilidade. A tipicidade (era) se comportava como fumaça, enquanto a culpabilidade (era) se comportava como fogo<sup>392</sup>. Max Ernest Mayer dizia que a tipicidade era um indício da antijuridicidade<sup>393</sup>. Pela tipicidade já se fazia um juízo prévio, que era justificado pela ausência de causa de justificação. Tudo isso ocorria porque a ação era definida como elemento corpóreo e voluntário. A ação, portanto, tem dois elementos – vontade e modificação do mundo exterior. O conteúdo da vontade (dolo/ culpa) eram os objetos do juízo de culpabilidade, e a modificação do mundo exterior (nexo de causalidade) era objeto de juízo de tipicidade.

Antes, as causas de justificação eram objeto do juízo de antijuridicidade. Conforme se pode observar, esta era a teoria anterior ao finalismo. Entre as duas teorias (causalista e finalista) situa-se o nacional-socialismo, que rompeu com essa estrutura de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Isso aconteceu porque o Direito Penal deixou de ser Direito Penal da ação para ser Direito Penal da pessoa, isto é, Direito Penal do autor<sup>394</sup>. Mudou-se a

<sup>388</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias...**, *op. cit.*, 1980, p. 17.

<sup>389</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias...**, *op. cit.*, 1980, p. 37.

<sup>390</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 222.

<sup>391</sup> MEZGER, Edmund. **Derecho Penal...**, *op. cit.*, Julio de 1958, p. 80. Trecho: “[...] *Por ello, son, a la vez, la teoría de los elementos comunes a todo delito. Sontres, a saber: la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad.*” [Grifo nosso].

<sup>392</sup> Max Ernest Mayer *apud* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. t. III. Buenos Aires: Losada, 1951, p. 663; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 92.

<sup>393</sup> Da mesma forma pensava WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 61: “Se o autor realizou, objetiva e subjetivamente, a conduta típica de uma norma proibitiva, atuou de modo contrário à norma, A tipicidade, e a consequente contradição com a norma, é um ‘indício’ da antijuridicidade”.

<sup>394</sup> Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 49, nota de rodapé 43, *apud* CHAVES DE CAMARGO, Antônio Luís. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 10: “Chave Camargo definiu a fase alemã do nacional-socialismo penal de fase destrutiva do tipo, porque não havia a vinculação do tipo à ação, mas a vontade do agente, que era fundamento de sua perigosidade, *in verbis*: ‘Fase destrutiva. Foi a fase utilizada pelo nacional-socialismo nazista como instrumento de seu autoritarismo.

definição geral do crime, que dizia ser “o crime toda ação que viole o sadio sentimento popular e tenha como correspondente a pena justa”.

Muito forte em Welzel, porém incompatível com o Direito Penal democrático, por seu amplo caráter geral; se assim fosse, qualquer pessoa responderia pela totalidade dos crimes do Código Penal. Dizendo de outra forma, o autor da conduta seria naturalmente inimigo do Estado, logo teria de responder não conforme a sua culpabilidade, mas conforme a totalidade do código e suas tipificações. Quando acontece a definição geral, anula-se o papel da tipicidade, bem como o da ação. A pena era um meio de purificar ideologicamente o povo alemão. A ação era anulada exatamente por este juízo de valor que dependia da sociedade<sup>395</sup>.

Welzel dizia que se quisermos superar a situação de ilegitimidade advinda do nacional-socialismo, de nada nos serve retornar ao estágio anterior, pelo contrário, nós devemos partir do estágio anterior para refazermos os limites<sup>396</sup>. Afirmava que tal conceito de ação só explica os fenômenos da natureza. Dizer que é um movimento corpóreo é ligar o nexo de causalidade à ação sem dizer qual é a essência que distingue a causalidade física da causalidade humana. Argumentava que é muito antiga a questão da causalidade, e que esta foi esquecida pelos causalistas.

Welzel acrescenta que a causalidade não é um produto imediato do ontologismo<sup>397</sup> de N. Hartmann<sup>398</sup> ou de von Weber e Graf zu Dohna, mas da contribuição de filósofos,

Caracteriza-se esta fase pelo extremismo, que fez derivar a pena não de um resultado lesivo, mas sim da conduta perigosa do agente, não pela ação, mas pela vontade’.

<sup>395</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 50.

<sup>396</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria...**, *op. cit.*, 2002, p. 24.

<sup>397</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, prólogo do autor à 4. ed., p. 11 e ss; TAVARES, Juarez. **Teorias...**, *op. cit.*, 1980, p. 55 e 57; LUISI, Luiz. **O tipo...**, *op. cit.*, 1987, p. 31.

<sup>398</sup> Cf. WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, prólogo do autor à 4. ed., p. 11-12. Mesmo N. Hartmann tendo influenciado seu discípulo Welzel, este justifica suas ideias com base em outros autores. Nas palavras do próprio Welzel: “Até o presente momento havia guardado silêncio em relação à origem de minha doutrina, visto que na ciência deveria ter importância apenas o conteúdo de verdade de uma afirmação e não a sua origem. Contudo, ao ver afetada a afirmação em si mesma, e vendo ser esta última, em parte, objeto de uma interpretação equivocada, creio que não posso continuar silente. [ ] Não teria, sem dúvida alguma, nenhum motivo para me envergonhar se a origem de minha doutrina estivesse na filosofia de Nicolai Hartmann – se isso fosse correto. Mas esse não é o caso. As sugestões para a formulação da teoria finalista da ação não procederam, da obra *Grundlagen der Denkpsychologie (Fundamentos da psicologia do pensamento)*, do recém-falecido filósofo Richard Höningwald. Recebi também outras sugestões dos trabalhos dos psicólogos Karl Bùthler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters e dos fenomenólogos P. F. Linke e Alexander Pfänder, entre outros. Todos esses trabalhos, que apareceram entre 1920 e 1930, promoveram uma ruptura com a antiga psicologia mecanicista, de elementos e associações, e evidenciaram uma forma de realização dos atos anímicos que não era causal-mecânica. Em meu primeiro artigo denominei essa forma de realização *intencional dos fins* e a segui a partir da ação *interna*, dos atos do *pensamento*, que haviam sido destacados pelos trabalhos daqueles autores, até os atos *voluntários* e a *realização* da vontade (por conseguinte, até a ação *externa*). N. Hartmann não exerceu nenhuma influência nos autores mencionados e em seus trabalhos; pelo contrário, acolheu em seu pensamento os conhecimentos, então candentes, que se converteram, entretanto, em patrimônio comum, do curso não causal de certos atos anímicos”.

psicólogos e juristas, desde a antiga Grécia. Welzel ressalta que o ontologismo de Hartmann não fundamentou sua teoria<sup>399</sup>. Explicita que a base de sua finalidade foi o pensamento aristotélico-tomista. Ao tratar da matéria de proibição, afirma ser um direito natural escolástico, assim como atribui a origem de suas posições às obras de Hönigswald, Bühler, Erismann, Jaensh e Wilhelm Peters<sup>400</sup>.

Aristóteles (384-322 a.C.)<sup>401</sup>, ao discorrer sobre as causas primeiras, diz que são quatro as causas de todos os seres físicos e materiais: final, formal, eficiente e material. A ideia de ser material é de Santo Agostinho: o ente, eu toco, eu vejo; ex.: cadeira, ser, pessoa etc. Mas na filosofia grega a ideia era diferente, mais abstrata: o ser era maior do que um produto de experiência. Baseava-se, sobretudo, na Escola de Eleia e em dois de seus pensadores, Zenão e Parmênides.

A partir de Aristóteles, Tiberius Decianus<sup>402</sup> criou a primeira parte geral, sobretudo quanto à causa final. Aristóteles apresenta uma definição interessante: diz que a política não é palpável, mas é um ser e sua causa final é o bem comum<sup>403</sup>. A causa final foi utilizada por Tomás de Aquino<sup>404</sup> para explicar a ação humana ao criar uma célebre definição em sua súpula: *homine age propterfins* – os homens agem em função dos fins. Welzel retomou essa tradição aristotélico-tomista e explicou a teoria da ação a partir de um exemplo: caso um raio electrocute um homem, é porque se criou entre o homem e a nuvem uma tensão elétrica que deu causa à descarga<sup>405</sup>. Poderia ser o homem ‘a’, ‘b’ ou ‘c’, pouco importa quem, desde que se mantivesse a determinada altura da máxima tensão. Este é um fenômeno regido pela lei da causalidade, pelo efeito em função do conjunto de causas pendentes, mas o que é explicado em função da realidade não é suficiente para o esclarecimento da *ação humana*.

<sup>399</sup> Jose Cerezo Mir (**Curso de Derecho Penal español**, Madrid: Universitas, 1996, p. 276) *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 219.

<sup>400</sup> WELZEL, Hans. **Das neue Bild de Strafrechtssystems, Eine Einführung in die finale Handlungslehre**. 4. ed. Berlin: [s.n.], 1961, prefácio. Além da tradução brasileira: WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, *passim*; WELZEL, Hans. **Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, in Festschriftgabel für Grünhut, Erinnerungs**, Marburg: [s.n.], 1965, p. 173, e TAVARES, Juarez. **Teorias...**, *op. cit.*, 1980, p. 57.

<sup>401</sup> MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes...**, *op. cit.*, 2002, p. 5-6.

<sup>402</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 7-28.

<sup>403</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 29.

<sup>404</sup> MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes...**, *op. cit.*, 2002, p. 49-50.

<sup>405</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 27-28.

O homem, pelo conhecimento haurido da experiência, pode dirigir os fatores causais de sua conduta. Por isso Welzel dizia que enquanto a “causalidade é cega, a finalidade é vidente”<sup>406</sup>:

A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada momento. **A finalidade é, por isso – dito de gráfica – “vidente”, e a causalidade, “cega”**<sup>407</sup>. [Grifo nosso].

Pela experiência sabe-se que um tiro na cabeça é bem mais letal que um tiro no pé. Pode-se, portanto, dirigir o fator causal atirando na cabeça e não no pé. A direção dos fatores causais conduzidos pelo homem é a direção da finalidade. Pela experiência podem-se antever quais as consequências provenientes da direção da finalidade.

Dado que a finalidade baseia-se na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e de dirigir, por conseguinte, este, conforme um plano, à consecução de um fim, **a espinha dorsal da ação finalista é a vontade consciente do fim, reitora do acontecer causal**. Ela é o fator de direção que configura o suceder causal externo e o converte, portanto, em uma ação dirigida finalisticamente; sem ela, **ficaria destruída a ação em sua estrutura e seria rebaixada a um processo causal cego**. A vontade final, como fator que configura *objetivamente* o acontecer real, pertence, por isso, à ação<sup>408</sup>. [Grifo nosso].

Welzel observa que se o homem quer matar seu desafeto, não lhe serve matar o homem ‘b’ ou ‘c’, só lhe serve o seu desafeto; logo, dirige sua finalidade para este. Dessa forma, a vontade é senhora do acontecer causal, pois o dirige finalisticamente, de modo que aquele que tem o domínio final do fato tem sempre o domínio da ação<sup>409</sup>. A vontade dirigida ao fim não é só um elemento da ação; ela é o elemento subjetivo da ação, porque é senhora do acontecer causal. Assim, o domínio final do fato é o domínio da ação, constituindo um elemento da ação a vontade dirigida a um fim<sup>410</sup>.

Quando Welzel muda esse conceito de ação, necessariamente muda toda a estrutura anterior, porque se a ação é um elo entre tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, uma mudança do conceito de ação implica uma mudança completa na estrutura desses elementos.

<sup>406</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 110.

<sup>407</sup> WELZEL, Hans. **El Nuevo...**, *op. cit.*, 1964, p. 25, além da tradução brasileira: WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 27.

<sup>408</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 28.

<sup>409</sup> WELZEL, Hans. **El Nuevo...**, *op. cit.*, 1964, p. 27, além da tradução brasileira: WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 27 *et seq*; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 109.

<sup>410</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 26 *et seq*; BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 108-109.

A vontade dirigida a um fim, muito antes de Welzel, e desde Carrara, foi identificada como dolo. Antes mesmo de Carrara, Tiberius Decianus ao abordar a causa material do delito referia-se a dolo e usava a teoria da vontade. A vontade, portanto, é um elemento muito anterior ao finalismo, sendo um elemento associado ao dolo. Se a ação tem a vontade dirigida a um fim e se a vontade dirigida a um fim sempre foi associada à ideia de dolo, claro está que o dolo é um elemento da ação.

No nacional-socialismo não havia tipicidade, pois a definição não dava poder à conduta, ou seja, o tipo não era taxativo, e substancialmente não havia vinculação à legalidade. Os crimes ocorriam em função do estado, e não em função da ação – v.g., pertencer ao povo, ser judeu, era uma ação? Não, mas era um estado penalmente relevante, e sua consequência era a aplicação da pena de morte. Por isso não se pode reconhecer a tipicidade se houver apenas verbo de ligação; no máximo pode haver uma norma penal em branco. O tipo tem de expressar ação; já o verbo de ligação expressa estado, v.g.: a Lei 7.492/86<sup>411</sup>, no art. 4º, parágrafo único: [...] se a gestão é temerária<sup>412</sup>, o correto seria, simplesmente, gestão temerária. O verbo de ligação é incompatível com a teoria finalista e não pode, portanto, ser compatível com a noção de tipicidade, pois exprime estado e não ação. Não significa deixar de proteger<sup>413</sup>, mas há uma falha, ou seja, há um defeito no tipo que Zaffaroni chama de “alienação técnica do político”<sup>414</sup>.

A ação é dirigida finalisticamente pela vontade, e esta expressa o dolo, logo, o dolo está na ação. Como quem descreve a ação é o tipo, porque o núcleo de cada tipo é o verbo, assim o dolo, que é um elemento da ação descrito no tipo, é também um elemento do tipo. A vontade dirigida a um fim é um elemento da ação; segue-se que o dolo é um elemento da ação, a vontade dirigida a um fim. Quem descreve a ação é o tipo, porque o núcleo de cada

<sup>411</sup> BRASIL. Lei ordinária Federal 7.491, de 16.6.1986, define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **Presidência da República.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)>. Acesso em: 4 de junho de 2012.

<sup>412</sup> Art. 4º. Gerir fraudulentamente instituição financeira: [ ] Parágrafo único. Se a gestão é temerária [...].

<sup>413</sup> Cf. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 70: “A indeterminação presente na descrição – se é que podemos falar em descrição – do crime de gestão temerária é incompatível com o tipo de perigo abstrato e, como bem ressalta Miguel Reale Júnior, a interpretação deve ajustar-se às exigências constitucionais”. José Francisco de Faria Costa afirma que a minúcia da descrição funciona como elemento legitimador dos crimes de perigo abstrato, *in litteris*: ‘Dir-se-ia que o ‘aparente’ déficit de legitimidade é contrabalançado pela extraordinária minúcia que o legislador põe, deve pôr, na descrição das condutas proibidas. Assim. Se o tipo legal de crime de perigo abstrato é composto por mais elementos, não vemos em que é que a sua legitimidade possa ser tocada”.

<sup>414</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno...**, *op. cit.*, 2005, p.77; BRANDÃO, Cláudio C. B.. Conceito de Direito Penal. Disponível em <<http://www.faculadadedamas.edu.br/site/artigo.php?id=1>>. Acesso em: 14 de outubro de 2011. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal:** dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 20-21.

tipo é o verbo, *e.g.*, matar, subtrair etc., e os verbos que representam condutas no sentido penal são ações. Como o tipo descreve ação e o dolo está na ação, logo o tipo descreve, ainda que implicitamente, o elemento completo da ação (a vontade dirigida a um fim), restando o dolo no tipo, e não na culpabilidade<sup>415</sup>. Esse giro faz uma mudança completa no Direito Penal.

Roxin diz ser devida a Welzel a concepção pessoal de injusto que é adotada hoje de forma unânime pelos penalistas<sup>416</sup> (até pelos funcionalistas radicais, como é o caso de Jakobs); eles prescindem do conceito de bem jurídico, mas lançam mão do conceito de Welzel. O dolo é deslocado para a ação, logo deslocado para o tipo; a culpabilidade deixa de ter o dolo e a culpa como seus elementos. Isso tem muito a ver com a própria definição da missão do Direito Penal (caráter ético-social), porque a ação não é uma criação do Direito, ela existe independentemente do Direito. É a realidade, simplesmente, humana. E a vontade presente na ação é algo anterior à construção penal que existe na tradição aristotélico-tomista, que veio bem antes de Welzel.

Sendo o dolo é algo não criado pelo Direito, não pode ser outra coisa que não uma definição naturalista. O Direito captura um dado da vida (dolo) não criado por ele e o insere no seu sistema. Quando o dolo anterior ao finalismo era valorado segundo o que diziam os romanos – *dolus malus*  $\neg$ , que é a vontade mais a consciência de antijuridicidade, esta consciência de antijuridicidade precisava estar presente, porque ao se analisar o dolo na culpabilidade, analisa-se a vontade mais a consciência de antijuridicidade, valorando-se desta forma negativamente uma vontade. Valorar vontade é algo que pode ser exteriormente provado de uma forma muito mais eficaz que a consciência, porque a vontade diz respeito ao que dirige uma ação.

Os causalistas asseveravam que toda ação tinha vontade, sendo estudada na culpabilidade. Caso se quisesse provar esta vontade, se avaliada a vontade dirigida a um mau propósito, estava-se valorando a culpabilidade, leia-se, tentando provar na culpabilidade a censura a partir da vontade. Quando se desloca a vontade e a consciência para o tipo, analisa-se de uma forma potencial, visto que se está criando, enquanto consciência de antijuridicidade elementar da culpabilidade, um instituto novo, até então inexistente, que é o erro de proibição, muito difícil de ser provado.

---

<sup>415</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 27 *et seq.*

<sup>416</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 32-33.

Erro de proibição é a não valoração; a vontade existiu, mas o sujeito não valora aquilo como proibido (não valora aquilo como negativo). Essa ausência de valoração não pode ser construída de outra forma senão partindo para um juízo de comparação, por isso o CP/40<sup>417</sup> estabelece um juízo de comparação. É claro que quando se compara nunca se o faz na forma atual, mas na forma potencial; logo, não há como comparar algo e exigir atualidade, pois nesta situação a atualidade é impossível de ser provada. Não se pode provar se o sujeito valorou ou não o caso concreto; tem de se fazer um juízo de comparação, e este é potencial.

Quando Welzel coloca a vontade como um elemento da ação, a realização desta ação voluntária será desvaliosa, mas não esgotará o tipo. Ele afirma que o tipo não pode ser compreendido como simples desvalor da ação, mas deve ser interpretado no sentido do desvalor do fato. Assevera, ainda, que todo tipo penal é um tipo de injusto. O tipo se perfaz quando, além do desvalor da ação, se inclui a **lesão** ou a **ameaça de lesão** a um bem jurídico. Trata-se do desvalor do resultado<sup>418</sup>. O tipo, portanto, une a ação desvaliosa ao resultado<sup>419</sup>. Pressupõe-se que toda ação desvaliosa é típica, pois viola um comando extraído da definição legal, *e.g.*, matar alguém em legítima defesa. Assim se tem uma ação antinormativa, pois a norma fala em matar.

Esta antinormatividade se traduzirá em antijuridicidade se não houver uma causa de justificação. Nesse diapasão, o Direito Penal não é apenas formado por proibição, mas também por permissão. Só que a permissão não é extraída do tipo penal, uma vez que não possibilita conhecer a permissão<sup>420</sup>. Pelo tipo vê-se a norma, sendo a norma um imperativo – determinação de conduta (quando diz matar alguém) que equivale ao conjunto de elementos

---

<sup>417</sup> [...] **art. 21.** O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável poderá diminuí-la de um sexto a um terço. **Parágrafo único.** Considera-se evitável se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

<sup>418</sup> Cf. WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 83, comentário: “[...] Ao desvalor da ação acrescenta-se aqui um desvalor do resultado. Com ele surge um novo elemento, *adicional*, do tipo, que não está contido necessariamente no desvalor da ação, porque uma ação é inadequada ou incorreta – em resumo, não corresponde ao cuidado – independentemente de que conduza ou não a um resultado desejado [...]”.

<sup>419</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 75.

<sup>420</sup> Cf. WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 61: “[...] As normas proibitivas são contrapostas, em certos casos, por preceitos permissivos, que impedem que a norma jurídica abstrata (geral) converta-se em dever jurídico concreto, e justificam, por isso, a realização do tipo. Esses preceitos permissivos regulamentam “causas de justificação” – por exemplo, a legítima defesa, a autodefesa, o consentimento do ofendido etc. Quando concorre alguma dessas causas, a realização do tipo não é antijurídica. As causas de justificação não excluem, por conseguinte, a tipicidade de uma conduta, mas tão somente sua antijuridicidade”.

que tornam uma conduta relevante para o Direito Penal e que se acha ameaçada por uma pena<sup>421</sup>.

Welzel afirma que o tipo possibilita que se encontre a norma<sup>422</sup>; a partir da definição legal da hipótese, o autor extraiu o imperativo. Toda conduta típica é antinormativa, por isso ele admitia a teoria da *ratio essendi*<sup>423</sup>. A teoria da tipicidade traz substancialmente os elementos da antijuridicidade legalizados; isso é teratológico, pois matar um homem é o equivalente a matar um mosquito(!), desde que em legítima defesa<sup>424</sup>. Afirma que matar um homem, ainda que em legítima defesa, é uma ação antinormativa; ela pode não ser antijurídica, mas é antinormativa, pois o tipo em verdade é um tipo de injusto. Além do desvalor da ação, integra o tipo o desvalor do resultado, sendo o primeiro mais importante que o segundo<sup>425</sup>.

Binding e Liszt, reconhecidamente expressões do positivismo<sup>426</sup> e não neokantianos, na conceituação do bem jurídico usaram explicitamente a noção de valor. Liszt dizia que quando o legislador cria o conceito de bem jurídico, este se converte num valor social. Liszt, ao definir a antijuridicidade material, afirma que esta é uma ação socialmente nociva porque

<sup>421</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 62.

<sup>422</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 51-52.

<sup>423</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 101-102.

<sup>424</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 63: “A doutrina dos elementos negativos do tipo ignora a significação independente dos preceitos permissivos (das autorizações do Direito). A concorrência da legítima defesa tem para ela a mesma significação que a falta de um elemento do tipo: **a ação de matar alguém em legítima defesa equivale juridicamente à ação de matar uma morca!** Essa consequência não pode ser evitada pela doutrina dos elementos negativos do tipo, que se vê aqui reduzida ao absurdo.” (grifo nosso); BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 165.

<sup>425</sup> Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 96-97: “Até os dias atuais, os penalistas se dividem entre defender ou a posição da *ratio cognoscendi* ou a da *ratio essendi*. Sobre o tema, tenho defendido a posição da *ratio cognoscendi*, por dois pontos. Primeiramente, por uma questão de ordem metafísica. A substância ou essência é o que faz com que o ser seja ele e não outro. Assim, se defendemos que a antijuridicidade está substancialmente ligada à tipicidade, estamos dizendo, naquele dito plano metafísico, que elas são a mesma coisa, aliás, tal como faz Mezger que explica a tipicidade no capítulo referente à antijuridicidade. Essa identificação produz uma diminuição de garantias penais, pois a tipicidade, enquanto relação de subsunção, explicita o cumprimento do princípio da legalidade ao tornar penalmente indiferente tudo o que não for adequado a um tipo penal. Em segundo lugar, a tipicidade tem a função de encerrar um desvalor inicial a qualquer conduta, mesmo aquela acobertada por uma causa de justificação, isto porque toda conduta típica é tida pelo direito como degna de uma pena, assim, do ponto de vista valorativo é indispensável a não identificação essencial entre tipicidade e a antijuridicidade, para que a ação justificada tenha a carga de desvalor que se lhe imputa. Por isso, já escrevemos que ‘a corrente que melhor expressa a tipicidade e sua função é a que apregoa ser a tipicidade a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Como foi visto, se pregamos ser o tipo a essência da antijuridicidade, dizemos que não há diferença entre eles e temos que aceitar que a exclusão da antijuridicidade também exclui a tipicidade, o que é um absurdo [**pois o que não é típico é penalmente irrelevante, assim a morte de um homem em legítima defesa seria semelhante à morte de um pernilongo!**]. De outro lado, também não se pode dizer que o tipo é isentode juízo de valor, como queria Beling. Quando o legislador tipifica uma conduta, ele já a qualifica abstratamente como reprovável pelo Direito Penal e por isso atribui uma pena a ela, de sorte que ele já faz previamente uma valoração. De sorte, a tipicidade é, enfatize-se, a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade.” (grifo nosso)

<sup>426</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno...**, *op. cit.*, 2005, p. 85-86.

viola o bem jurídico, que é o interesse juridicamente protegido; entretanto, estabelece a ideia de valor social na argumentação sobre o bem jurídico. Não é à toa que para ele o bem jurídico se situa na antijuridicidade material, que é precisamente um juízo de valor negativo sobre a ação.

A antijuridicidade é um juízo de valoração negativa<sup>427</sup>; sendo o bem jurídico a antijuridicidade material, dizer que não há valor é uma *contraditio interminis*<sup>428</sup>. Não é verdade que a ideia estivesse afastada da formulação nascedoura, isto é, do nascimento do bem jurídico. Já para o finalismo, o bem jurídico continuará associado à ideia de valor e conferirá significação à tipicidade. Welzel afirmava que em nenhum momento se pode dizer que o tipo é definido somente à luz da matéria da proibição<sup>429</sup>. A matéria da proibição é uma parte do tipo, porém esta parte se completa com a ideia do desvalor do resultado.

Todo tipo, conforme o pensamento welzeniano, é um tipo de injusto, porque é vinculado a lesão ou perigo de lesão a que está exposto o bem jurídico; então a ideia de bem jurídico estará no substrato da própria tipicidade, uma vez que o tipo é um tipo de injusto<sup>430</sup>. O tipo não é apenas matéria de proibição, mas matéria de proibição que é delimitada em face da lesão ou do perigo de lesão a um bem jurídico. Posto isso, o tipo de injusto que é a tipicidade definida pelo finalismo só ganha significação à luz da ideia de bem jurídico. É imprescindível tal investigação, pois sem ela não se consegue saber o que quer dizer o finalismo.

#### 2.1.6 Pós Welzel: Propedêutica pós-finalista

A Segunda Grande Guerra é mais um divisor histórico e jusfilosófico, pois a repercussão nazista maculou o Direito Penal com as ideias de Kiel. O bem jurídico caí mais uma vez no gosto dos juristas, seu conceito é revalorizado, como já havia ocorrido em Birnbaum e Von Liszt, cujo objetivo era limitar o *jus puniendi* estatal, isto é, a limitação das arbitrariedades perpetradas pelo *Ancien Régime* em face das ideias iluministas liberais<sup>431</sup>.

---

<sup>427</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 52 *et seq.*

<sup>428</sup> WELZEL, Hans. **Derecho...**, *op. cit.*, 1997, p. 98.

<sup>429</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 56 *et seq.*

<sup>430</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 73 *et seq.*

<sup>431</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 48.

Expoentes como Knut Amelung, Winfred Hassemer, Jürgen Habermas, Claus Roxin e Hans-Joachim Rudolphi se debruçaram em dois contornos emblemáticos das modernas teorias sociológicas e constitucionais.

Amelung, expoente da teoria sociológica, apoia-se em Parsons e Luhmann<sup>432</sup> e considera bem jurídico como disfunção sistêmica. O Direito Penal a partir desta ideia passa a ser forjado com base em um conceito de danosidade social<sup>433</sup>.

[...] o postulado de que o Direito Penal tem de assegurar as condições de convivência humana não significa, de acordo com a concepção aqui desenvolvida, que a pessoa tenha de ser protegida por ela própria, mas apenas por causa da sociedade [...]. Uma vez que toda a solução de problemas tem os seus custos, é pensável a solução de um problema do sistema à custa da tutela da pessoa e, se necessário, mediante o sacrifício da existência de cidadãos individuais [...]<sup>434</sup>.

A contramarcha ocorre ao se retomar Binding quanto ao conceito positivista de bem jurídico, dada a dificuldade, ou incapacidade, para a definição material do que venha a ser socialmente danoso. Tem-se por definição de bem jurídico tudo o que, aos olhos do legislador, constitui as condições de uma vida saudável da comunidade jurídica<sup>435</sup>.

Hassemer entendia ser imprescindível a confirmação de uma “danosidade social” legitimando a intervenção do Estado, sendo os bens jurídicos considerados desde uma perspectiva de política criminal geral<sup>436</sup>. Tanto Amelung quanto Hassemer adotam os postulados de Von Liszt<sup>437</sup>.

Habermas, com base na ideia de que as sociedades de hoje são complexas, intenta a busca de sua argumentação racional. Entende ser substancial a implantação da teoria do consenso no âmbito penal, pois, segundo ele, o critério de legitimidade das decisões reside no consenso social advindo de uma situação ideal de diálogo. Portanto, a criminalização somente

<sup>432</sup> ANDRADE, Manuel Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 97.

<sup>433</sup> Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (**Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 48) cita o art. 20 da Lei fundamental alemã, que impõe que o Direito Penal só pode vir a criminalizar condutas socialmente danosas.

<sup>434</sup> AMELUNG, Knut, **Rechtsgüterschutz**, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, **Consentimento...**, *op. cit.*, 1991, p. 99.

<sup>435</sup> MUSCO, Enzo. **Bene giuridico e tutela dell'onore**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 107, *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 49.

<sup>436</sup> Cf. HASSEMER, Winfried. Il bene giuridico nel rapporto di tencione tra Costituzione e dirittonnaturale. *In: Dei Delitti e Delle Pene*. Gennaio-aprile, 1984, p. 1/104 *et seq.*

<sup>437</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. Bogotá: Temis, 1994, p. 26.

seria legítima quando baseada em um consenso racional intersubjetivo ou se, não havendo consenso, tivesse a hipótese de suscitá-lo<sup>438</sup>.

Com base na ideia de **verdade** sob o prisma consensual, as teorias funcionalistas passam a ter melhor fundamento em termos instrumentais<sup>439</sup>, em razão de não se ter formulado um conceito material de bem jurídico capaz de delinear e explicitar o que vem a ser lesionado com uma conduta delitativa, bem assim por não se responder, de modo convincente, por que uma dada sociedade criminaliza determinadas condutas e outras não<sup>440</sup>.

A teoria constitucionalista, de notável aceitação na Itália, é revista na perspectiva funcionalista de Claus Roxin e Hans-Joachim Rudolphi. Tem base na ideia de Constituição, ciência penal e política criminal<sup>441</sup>.

Em síntese, baseia-se em princípios constitucionais<sup>442</sup> com limites a escolha dos bens jurídicos merecedores de tutela penal. Com efeito, os bens jurídicos têm proteção político-criminal a partir de princípios constitucionais. Em 1970 Rudolphi escreve importante artigo, intitulado “Estudos em homenagem a Honig” (*Festschrift für Richard M. Honig*), que tratava de sua posição quanto ao bem jurídico, sendo depois traduzido mundo afora<sup>443</sup>.

Os bens jurídicos têm vinculação constitucional e refletem apenas os valores essenciais. Desse modo, o Estado de Direito não é apenas o Estado de mera legalidade, mas substancialmente baseado na ideia de justiça material. Enfim, o bem jurídico assume unidade de função social, tendo a norma constitucional como parâmetro basilar<sup>444</sup>.

Quanto à tipicidade, a partir da idealização do Projeto Alternativo Alemão, as ponderações de Welzel foram colocadas à prova sob as críticas de diversos doutrinadores, embora se ressalte que muitos aderiram a sua teoria, dentre eles, Wener Niese, Armin Kaufmann, Günther Stratenwerth e Günther Jakobs<sup>445</sup>. Roxin, em 1970, publica um estudo,

<sup>438</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **Constituição...**, *op. cit.*, 1995, p. 98 *et seq.*, *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 49.

<sup>439</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **Constituição...**, *op. cit.*, 1995, p. 103.

<sup>440</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 50, e PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 35.

<sup>441</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. Além da tradução brasileira: ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>442</sup> MUSCO, Enzo. **Bene...**, *op. cit.*, 1974, p. 109 *et seq.*

<sup>443</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 51.

<sup>444</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 51, e PRADO. Luiz Regis. **Bem...**, *op. cit.*, 2009, p. 45.

<sup>445</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 81.

“Reflexões sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal”<sup>446</sup>, retomando as formulações de Honig, que havia elaborado um ensaio em homenagem a Frank<sup>447</sup>. Entendia que a relação de causalidade não estava devidamente explicada para a realidade pós-moderna, enfatizando as falhas do sistema finalista, em especial quanto aos crimes culposos<sup>448</sup>. Com base na ideia de Honig e entendendo que a missão do trabalho dogmático no Direito Penal é imputação de resultados, estabelece a necessidade de uma consideração quanto a uma imputação objetiva<sup>449</sup>. Do ponto de vista normativo e não naturalista, acrescenta que “[...] o fundamento da responsabilidade penal somente é a atuação da vontade típica, pois a inexistência desta não interessa ao Direito Penal [...]”<sup>450</sup>.

Seria necessário traçar uma teoria geral da imputação completamente desligada do dogma causal. Neste intuito deveriam, portanto, ser estabelecidos alguns princípios ordenadores da imputação, orientados no risco de cada ação. A análise da criação de um risco penalmente relevante, a diminuição deste risco, o aumento de um risco permitido e a esfera de proteção da norma como critério de imputação são fatores importantíssimos na concepção de Claus Roxin<sup>451</sup>.

Para além disso, o próximo tópico revelará mais questões quanto a alguns aspectos controvertidos da sociedade pós-moderna.

## 2.2 Panorama histórico e jusfilosófico da dogmática penal econômica

O marco efetivo da gênese do Direito Penal Econômico é o início do século XX, com o advento da Primeira Grande Guerra Mundial. Pontualmente, já existiam referências legislativas a ele, como, *v.g.*, em Roma com a *Lex Julia de Annona*; na Alemanha do século

<sup>446</sup> ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. Problemas fundamentais de direito penal.** Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1993, p. 145 *et seq.*

<sup>447</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho penal – Parte general – Teoria jurídica do delito.** Barcelona: Bosh. 2000, t. II, v. I, p. 365 *et seq.*

<sup>448</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 82.

<sup>449</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 82.

<sup>450</sup> CHAVES DE CAMARGO, Antônio Luís. **Culpabilidade e reprovação penal.** São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 103.

<sup>451</sup> ROXIN, Claus. **Reflexões...**, *op. cit.*, 1993, p. 149 *et seq.*

XVIII foram editadas normas para fabricação da cerveja, enquanto na França era punida a especulação de mercadorias e títulos a partir do Código de 1810<sup>452</sup>.

Miguel Bajo Fernández discorda que hajam sido as Guerras e a Revolução liberal os termos iniciais do Direito Penal Econômico. Observa que nestes momentos tal Direito foi mais divulgado, daí a vinculação entre as Guerras e o Direito Penal Econômico. As mudanças ideológicas do início do século<sup>453</sup> e as modificações das relações econômicas<sup>454</sup>, v.g., a industrialização, o incremento tecnológico, o crescimento acelerado das grandes cidades, a alta tensão do tráfico monetário e de divisas são as verdadeiras razões que ensejam a tutela penal econômica<sup>455</sup>. Arrematando: “O papel das guerras e as revoluções se limitam a provocar uma elevação na massa do material jurídico e econômico”<sup>456</sup>.

Tiedmann, em seu magistério, assevera que é posto à disposição do Estado um arsenal de medidas econômicas, jurídicas e administrativas, sendo punido todo e qualquer comportamento, não se importando com a gravidade da conduta. Em síntese, foram aprovadas cerca de 40 mil disposições penais na tentativa de disciplinar o mercado alemão<sup>457</sup>.

O paradigma socioeconômico, como hodiernamente é conhecido, teve sua origem no modelo liberal de exercício de poder com base no iluminismo. A crise de 1929, cujos motivos remontam ao dito modelo liberal, fornecia terreno fértil para as grandes corporações e monopólios de mercado, que vislumbravam apenas o lucro imediato e excessivo. Esta alquimia liberal gerou a redução de demandas e a diminuição dos preços, empurrando o mundo para uma depressão que abalou a década de trinta<sup>458</sup>.

Da Segunda Grande Guerra Mundial chega-se à segunda metade do século XX, que a exemplo da Primeira Guerra Mundial é um divisor histórico para o Direito Penal

<sup>452</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 20.

<sup>453</sup> RUBIO, J. **Introducción al Derecho mercantil**. Barcelona: [s.n.], 1969, p.170.

<sup>454</sup> HEDEMANN, J. W. El derecho económico, *In: Revista de Derecho privado*, XXVII, mayo 1943, p. 278.

<sup>455</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Concepto y contenido del derecho penal económico. *In: Santiago Mir Puig et al. Estudios de derecho penal económico*. Caracas: Livrosca. 2002, p. 4; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El derecho penal económico. Um estudio de derecho positivo español. *In: Anuario de derecho penal y ciencias penales*, [S.l.], ano MCMLXXIII, serie 1, n. 3, pp. 91-139, enero-abril 1973, p. 93; JIMÉNEZ ASENJO, E. *El nuevo derecho penal económico*. *In: Revista de Derecho privado*.1950, p. 789; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Nueva dogmática del Derecho penal económico*. *In: Revista de Derecho mercantil*, v. XVI, 1953, p. 251.

<sup>456</sup> Texto original: El papel de las guerras y de las revoluciones se limita a provocar una elevación en la masa del material jurídico económico (RUBIO, J. **Introducción...**, *op. cit.*, 1943, p. 279).

<sup>457</sup> TIEDMANN, Klaus. **Poder económico y delito** (introdução al Derecho Penal económico e de la empresa), trad. Amélia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985, p. 16, *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p. 20-21

<sup>458</sup> RIGHI, Esteban. **Derecho penal económico comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 4.

Econômico<sup>459</sup>, com novas exigências e novos riscos, que acabam por alterar o cotidiano, com fraudes, falências e desvios inimagináveis, v.g., Enron, WorldCom ou Parmalat<sup>460</sup>.

### 2.2.1 Controvérsia quanto à existência e autonomia da dogmática penal econômica

Enrique R. Aftalión, conhecidíssimo na área de Introdução ao Estudo do Direito, catedrático em Direito Penal, em trabalho intitulado “Direito Penal Econômico”<sup>461</sup>, faz a seguinte ponderação: “por conta de uma situação de emergência, isto é, por conta de uma situação econômica jungida às duas Grandes Guerras Mundiais, o Direito Penal Econômico surgiu como um ‘traje de arlequim’, sendo fruto da costura desarmoniosa de diversos ramos do Direito que tiveram, sob a ameaça de uma pena, suas condutas tidas como pertinentes à seara Penal”.

Como já fora dito no capítulo anterior, o Direito Penal é fruto de três Direitos – o Romano, o Germânico e o Canônico. O Direito Romano não construiu uma parte geral para tratar das questões penais. Durou dez séculos<sup>462</sup>, ou seja, foram mil anos de experiência, mas ao contrário do que pensamos, não é uma Direito legislado, já que não tinha na lei a principal fonte<sup>463</sup>. Justificável, pois a definição do *corpus juris* contemplava o Direito como a arte do bom e do equitativo<sup>464</sup> – *jus est ars boni et aequi*. Trata-se de uma arte porque o *pretor* constrói sua decisão justa e boa a partir do caso *in concreto*.

Observando a parte mais extensa<sup>465</sup> que é o “Digesto”, o *corpus juris civilis* foi uma recomendação feita a mando do imperador Justiniano no final da existência do Império

<sup>459</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 17 e SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RBCrim, ano 18, n° 83, pp. 7-52, mar-abr., 2010, p. 8.

<sup>460</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p. 21.

<sup>461</sup> AFTALIÓN, Enrique R. **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

<sup>462</sup> Já tratamos da divergência no capítulo anterior, divergências quanto ao período de conquistas e ocupações do Império otomano, v.g., CRETELA JÚNIOR, José (**Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 2) fala em doze séculos: “[...] Num primeiro sentido, a referida expressão designa o conjunto de regras jurídicas que vigoraram no Império Romano durante cerca de doze séculos, ou seja, desde a fundação da cidade, em 753 a.C., até a morte do imperador Justiniano, em 565 depois de Cristo (para outros, até 1453)”.

<sup>463</sup> BRANDÃO, Cláudio. Legalidade e Cristianismo: Aproximação Hermenêutica. *In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Orgs.). Princípio...*, *op. cit.*, 2009, p. 44.

<sup>464</sup> BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-Constitucional do Direito Penal. *In: Luiz Regis Prado (Coord.). Direito...*, *op. cit.*, 2007, p. 127; BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 19.

<sup>465</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 117-118.

Romano<sup>466</sup>. Tem quatro partes: Digesto (*Digesta* ou *Pandecta*)<sup>467</sup>, Novela<sup>468</sup>, Código<sup>469</sup> e Institutas<sup>470</sup>. O *Digesto* não tem uma única lei, só a opinião dos juriconsultos (que diziam o direito, daí surge *juris dictio* de onde provém o vocábulo jurisdição)<sup>471</sup>, porque o Direito Romano não foi legislado. O *pretor* possuía uma faculdade chamada *jurisprudencia*<sup>472</sup> – prudente arbítrio. Poderia afastar qualquer norma geral prevista, em nome da construção de uma decisão boa e justa<sup>473</sup>.

Os *pretores* foram decisivos na construção do Direito Penal, pois eles classificaram os crimes em espécie, muitos dos quais ainda constam hoje no CP/40<sup>474</sup>. Agora os bens jurídicos

<sup>466</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo...**, *op. cit.*, 2006, p. 30; CRETELA JÚNIOR, José. **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 2; BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p.123.

<sup>467</sup> BRANDÃO explica a origem da palavra Digesto, como proveniente do latim *digere* que tem o significado de causas metodicamente classificadas e corresponde em grego *Pandectai*, de onde surge *Pandectas*; tais vocábulos indicavam que a recompilação dos *jura* era uma obra que tratava de tudo, ou seja uma enciclopédia (BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 123-124).

<sup>468</sup> Cf. BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 125, significa, *in verbis*: “Estas eram as 177 constituições elaboradas pelo próprio Justiniano, as quais serviam para que houvesse um pronunciamento do império da própria compilação feita, além de servirem para destacar as constituições elaboradas pelo imperador que ordenou a recompilação”.

<sup>469</sup> No magistério de BRANDÃO, “enquanto o Digesto tratava da *jura*, o Código tratava da *legis*. Com efeito, os imperadores romanos elaboravam normas e essas normas se chamavam constituições.” (BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 124).

<sup>470</sup> HOMEM, Antônio Pedro Barbas. **A lei...**, *op. cit.*, abril, 2001, p. 52; LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 117-118; CRETELA JÚNIOR, José. **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 41; BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 124, *in verbis*: “O vocábulo latino *instituere* significa ensinar e as Institutas eram realmente destinadas ao ensino do direito. Justiniano determinou que esse livro fosse baseado nas Institutas elaboradas por Gaio e nomeou uma comissão composta por Triboniano, Teófilo, professor de direito em Constantinopla, e Doroteu, professor de direito em Beirute.”

<sup>471</sup> BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, *op. cit.*, 2012, p. 123.

<sup>472</sup> FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência punitiva In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio...**, *op. cit.*, 2009, p. 369-370.

<sup>473</sup> CRETELA JÚNIOR, José. **Direito...**, *op. cit.*, 2006, p. 11, no sentido de definir *Jurisprudência*: “[...] *Jurisprudência (ou Ciência do direito) é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do que é justo e do que é injusto (Institutas, I, 1,1)*”.

<sup>474</sup> Cf. COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito...**, *op. cit.*, 2009, p. 169. No mesmo sentido explica BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 28: “Com efeito, o direito penal romano teve início com a *Lei Valéria* mas, mesmo depois dela, ‘o arbítrio (*Willkür*) dos magistrados não é eliminado; ainda agora poderia o magistrado, tanto quanto pelo direito da guerra, ou por outra parte pelo direito de coerção que lhe é oferecido, sem delito fixado, sem processo fixado, sem a medida da pena fixada, punir só pelo seu julgamento’. [...] Com efeito podemos exemplificar essa assertiva a partir de inúmeros delitos, como é o caso da apropriação indébita do funcionário público romano, que era a *depeculatus*, a qual corresponde ao crime hodierno de peculato; no mesmo sentido, a fraude como forma de aquisição patrimonial ilícita, gerou o delito de *stellionatus*, que provém de *stélion* (camaleão) corresponde ao nosso estelionato. Alguns crimes que não foram gestados no Direito Romano, como é o caso da maioria dos crimes contra a pessoa,

em espécies são pertencentes a sujeitos individuais. Desde então a dogmática embrionária se dá a bens jurídicos pertencentes a sujeitos determinados (naquela época, ou era dado ao Estado romano, ou ao titular do patrimônio, ou ao titular da casa)<sup>475</sup>.

Ao se construir a parte especial do Código Penal não se atribui crime a sujeito não determinado. Quando a parte geral foi construída, esta ideia foi de fundamental importância na construção dos institutos. Por exemplo: instituto da **culpabilidade** – em relação ao sujeito, que diz respeito à fenomenologia humana, algo que deve possuir a representação mental dos objetos; **imputabilidade** – capacidade de alguém praticar algo em função da sua sanidade; **tipicidade** – o que é o dolo? É a vontade dirigida a uma finalidade. O que a culpa? É a representação involuntária do resultado, cujos meios são reprováveis (negligência, imprudência e imperícia). Claro está que os institutos estão vinculados a características de **pessoas determinadas**.

A ideia de Direito Penal Econômico gera uma crise no Direito Penal tradicional<sup>476</sup> (ou Direito Penal comum), porque rompe com esta tradição, ou seja, não se dirige a sujeitos individualizados. Em determinados casos, dirige-se a uma **coletividade futura**, v.g., Direito Penal ambiental<sup>477</sup>. Enfim, isso ocorre em razão do desenvolvimento econômico que não teve um controle adequado. Fica evidente que o desenvolvimento econômico afetou o ambiente e,

---

tiveram sua origem no Direito Canônico, inaugurado no século XIII.”. Na mesma esteira, vale apenas registrar outras curiosidades: o *Concutio*, diziam os romanos que o Estado se assemelha a uma árvore e as pessoas (funcionários) aos galhos, logo *concutio* em latim é igual a galho quebradiço. O funcionário público é assemelhado a um galho quebradiço, quando se utiliza da sua condição para obter uma vantagem indevida, em suma, a concussão do nosso Código Penal advém daí; (3) *Pecus* igual a gado. O tesouro romano era aferido em gado, depois é que se criou a moeda que no início era cunhada com a cara de um boi e posteriormente passou a colocar o rosto do imperador. Pecúnia, portanto, equivale a dinheiro, daí todo o desenvolvimento do crime de peculato.

<sup>475</sup> Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito...*, op. cit., 2006, p. 12: “[...] Dentro do espírito do Direito Romano e colocando-nos no ângulo objetivo, é possível chegarmos à seguinte definição: *direito é o conjunto das regras de justiça ou de utilidade social relativas à organização dos poderes públicos, da família e às relações econômicas dos homens*”. Com efeito, conclui-se que os destinatários da norma eram pessoas determinadas, logo o bem jurídico a ser protegido é de individualizados. Posto isso, somente o legislador pode constituir um bem jurídico. Daí se infere que o surgimento ou a manutenção de um bem jurídico no Direito Penal é uma eleição política do citado legislador. O bem jurídico, assim, corrobora a face política do Direito Penal.

<sup>476</sup> Segundo leciona COSTA, José de Faria. **Direito Penal Econômico**. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 17: “o estudo que se há de operar terá sempre como referencial o direito penal tout court. Estamos assim a tornar ainda mais claro, se necessário fora, que a raiz ou a matriz da disciplina que aqui nos propomos tratar em nenhum momento se arreda um milímetro que seja desse grande continente normativo – e não só – que, desde von Liszt, é apelidado de *Gesamtstrafrechtswissenschaft*. Para além de que, e evidentemente, se alguma autonomia houver na doutrina geral da infração antieconômica, essa precisa diferenciação far-se-á sempre – pois assim o exige uma sã metódica – em confronto com a normal doutrina geral da infração do direito penal comum.”. Considerando o magistério citado, serão utilizadas expressões sinônimas.

<sup>477</sup> É o típico caso de SUAPE em Pernambuco, onde construíram na entrada do mangue o porto que obstaculizou o ciclo reprodutivo das fêmeas de tubarão; estas precisam buscar alimentação em outro ambiente, daí a quantidade de ataques de tubarão ter aumentado em Recife, a ponto de ser um dos locais com alto índice de ataque.

via de consequência, o Direito Penal Econômico se mostra vulnerável<sup>478</sup>. Para além disso, o crime contra o meio ambiente atinge gerações presentes, assim como as futuras; assim, o Direito Penal que tem em mente um sujeito passivo individualizado, enfrenta mais outra questão, quanto ao sujeito passivo coletivo e futuro, logo incerto<sup>479</sup>.

Assistimos ao advento de uma forma nova de sociedade, que assumiu o significado de uma “ruptura epocal” com um passado ainda recente, em face da ameaça global causada por novos e grandes riscos, por “riscos globais”, que pesam sobre a humanidade: o risco atômico, a diminuição da camada de ozônio e o aquecimento global, a destruição dos ecossistemas, a engenharia e a manipulação genéticas, a produção maciça de produtos perigosos ou defeituosos, a criminalidade organizada dos “senhores do crime”, individuais e coletivos<sup>480</sup>.

Foi nos Congressos de Roma em 1953<sup>481</sup> e, em especial, no Cairo em 1984, que os penalistas reunidos se esforçaram no sentido de sistematizar, desenvolver e universalizar a doutrina penal econômica. Antes, porém, de reunidos, os penalistas em seus países de origem produziram trabalhos que serviram de base às discussões. Como não poderia ser diferente, o Brasil também dedicou tempo e esforço intelectual às discussões calorosas que ecoaram nos conclave pelo mundo. Em São Paulo (1995), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais promoveu o Seminário Internacional de Direito Econômico, que resultou em valioso material de pesquisa<sup>482</sup> (*RBCCrim* n. 11, São Paulo, RT).

A partir da evidente crise em que se encontra o Direito Penal Econômico devido ao Direito Penal clássico no tocante ao sujeito passivo individualizado *versus* o coletivo e o futuro,<sup>483</sup> é que se constrói sua estrutura com base na ideia de risco<sup>484</sup>.

<sup>478</sup> CASTAÑÓN, José Manuel Paredes. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en El derecho penal económico: bases político-criminales. *In*: Santiago Mir Puig, Juan *et al.* **Estudios dederecho penal económico**. Caracas: Livrosca, 2002, p. 50-51.

<sup>479</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *In*: Anabela Miranda Rodrigues *et al.* **Direito Penal Económico e Europeu**: textos doutrinários, .v. III. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 603 e 606, e DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra, 2008, p. 27-28.

<sup>480</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *In*: Anabela Miranda Rodrigues *et al.* **Direito...**, *op. cit.*, 1998, p. 603.

<sup>481</sup> CERVINI, Raúl. Derecho penal económico – concepto y bien jurídico. *In*: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (Org.). **Direito penal econômico e da empresa**: Direito penal econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 – (coleção doutrinas essenciais, v. 2), p. 234.

<sup>482</sup> KALACHE, Mauricio. Direito Penal Econômico. *In*: Luiz Regis Prado (Coord.). **Direito Penal Contemporâneo**: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 392 e SILVA, Ivan Luiz da. **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 73.

<sup>483</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 32.

<sup>484</sup> CERVINI, Raúl. Derecho penal económico – concepto y bien jurídico. *In*: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (Org.). **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 230.

[...] Este quadro, por si complexo, se tem tornado bastante raro nos últimos tempos. Pergunta-se: que podem ter de comum a sociedade clássica ou moderna e a chamada sociedade de risco? Que podem ter de comum o clássico Direito penal econômico da economia dirigista e o atual Direito penal econômico promocional-funcionalista que se indica como indispensável panacea para o conflito da sociedade pós-industrial?<sup>485</sup> (tradução nossa)

Importante esclarecer que o Direito Penal Econômico, mesmo com suas especificidades<sup>486</sup>, é apenas um ramo do Direito Penal tradicional e com este deve guardar simetria<sup>487</sup>.

Também não se pode deixar de ressaltar que a partir dos estudos do sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986, quando publicou a obra (*Risikogesellschaft*<sup>488</sup>. *Auf dem Weg in eine andere Moderne*) sobre a sociedade de risco, este campo tomou corpo e gosto pelos juristas do mundo inteiro. A sociedade de risco (também denominada como sociedade complexa da comunicação, da informação, globalizada, pós-moderna ou pós-industrial) é um *mix* de globalização contemporânea, avanço tecnológico do sistema produtivo e das comunicações, bem como do dinamismo das relações econômicas<sup>489</sup>.

Diante da multicomplexidade da denominada sociedade de risco, os gestores atípicos da moral<sup>490 491</sup>, aproveitando-se da fragilidade social e da leviana divulgação feita pelos meios

<sup>485</sup> CERVINI, Raúl. Derecho penal económico – concepto y bien jurídico. In: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (Org.). **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 230. Tradução livre do trecho: “Este cuadro, de por sí complejo, se há enrarecido bastante em los últimos tiempos. Se pregunta: ¿qué pueden tener de común la sociedad clásica o moderna y la llamada sociedad de riesgos? ¿qué pueden tener de común el clásico Derecho penal económico de la economía dirigista y el actual Derecho penal económico promocional-funcionalista que se indica como indispensable panacea para o conflito de la sociedad pos-industrial?”

<sup>486</sup> SILVA, Ivan Luiz da. **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 138.

<sup>487</sup> KALACHE, Mauricio. Direito Penal Econômico. In: Luiz Regis Prado (Coord.). **Direito...**, *op. cit.*, 2007, p. 393; PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 15; BUJÁN PÉREZ, Carlos Martinez. **Derecho penal económico**. Parte geral. Valencia: Tirant lo Blanch, 1988, p. 20-29, e RIGHI, Esteban. **Derecho...**, *op. cit.*, 1991, p. 303.

<sup>488</sup> Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, a tradução pode ser “sociedade de risco” ou “sociedade do risco” (**Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p. 32, nota 34).

<sup>489</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 28 e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p. 30.

<sup>490</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 181, e BECHARA. Ana Elisa Liberatore S. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: Alberto Silva Franco; Rafael Lira (Coord.). **Direito penal econômico: questões atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.

<sup>491</sup> Cf. SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, RBCcrim, ano 18, n. 83, pp. 7-52, mar.-abr., 2010, p. 10: “os gestores atípicos da moral são representados por organizações não governamentais, feministas, sindicatos, ecologistas, pacifistas, grupos de moradores de bairros e de defesa de consumidores etc.”

de comunicação de massa<sup>492</sup> quanto à insegurança social, passam a exigir um Direito Penal simbólico de resposta eleitoreira e, portanto, frágil e de pouca substância dogmática.

Enrique Bacigalupo<sup>493</sup>, catedrático da UNED<sup>494</sup>, trabalha o Direito Penal Econômico a partir da ideia de risco. Já o português Eduardo Correia<sup>495</sup> assevera que o Direito Penal Econômico não pode se confundir com o Direito Penal tradicional que tutela o patrimônio, porque não se pode colocar um estelionato, um roubo etc., como um crime econômico, uma vez que a estrutura de tais delitos é pertinente àquele Direito Penal tradicional que tem princípios derivados da individualização do titular do bem jurídico, restando, portanto, fora do âmbito do Direito Penal Econômico tais espécies de crime<sup>496</sup>.

Enrique R. Aftalió<sup>497</sup>, Miguel Bajo Fernández<sup>498</sup>, Manuel Pedro Pimentel<sup>499</sup> e Esteban Righi<sup>500</sup> são enfáticos em negar autonomia a este ramo do Direito, asseverando que constitui apenas um setor do Direito Penal.

Os limites deste setor do direito penal, abaixo denominado de direito penal econômico, não perseguem uma autonomia científica com relação ao resto das disciplinas penais. Com referência a este setor – o direito penal –, trata-se simplesmente de facilitar o labor científico sobre uma matéria nova que tem protagonizado um desenvolvimento legal e científico notável nos últimos anos<sup>501</sup>.  
(tradução nossa)

No mesmo diapasão é a recomendação número 6 da Associação Internacional de Direito Penal: “Não obstante as peculiaridades do Direito Penal Econômico e da empresa,

<sup>492</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 210.

<sup>493</sup> BACIGALUPO, Enrique (Dir.). **Derecho penal económico**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 44-45.

<sup>494</sup> Embora sendo argentino, trabalha na Espanha.

<sup>495</sup> CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito penal económico. In: Eduardo Correia *et al.* **Direito PenalEconómico e Europeu**: textos doutrinários; v. I. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 310.

<sup>496</sup> CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito penal económico. In: Eduardo Correia *et al.* **Direito Penal Económico e Europeu**: textos doutrinários; v. I. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 310.

<sup>497</sup> AFTALIÓN, Enrique R. El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico. In: **Revista de ciências penales**, Instituto de ciências penales, Tercera época, n. 2, t. XXV, pp. 79-92, mayo-agosto, 1966, p. 79.

<sup>498</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1978, p.32.

<sup>499</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito...**, *op. cit.*, 1973, p. 15.

<sup>500</sup> BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. **Derecho...**, *op. cit.*, 1998, p. 20-29.

<sup>501</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Concepto y contenido del derecho penal económico. In: Santiago Mir Puig *et al.* **Estudios...**, *op. cit.*, 2002, p. 8-9. Tradução livre do trecho: “La acotación de este sector del derecho penal bajo la denominación de derecho penal económico, no persigue una autonomía científica respecto del resto de disciplinas penales. Com la referencia a este sector del derecho penal, se trata simplemente de facilitar la labor científica sobre una materia nueva que há protagonizado um desarrollo legal e científico notable en los últimos años”.

deveriam aplicar-se princípios gerais do Direito Penal, especialmente aqueles que protegem os direitos humanos”<sup>502</sup>.

Urs Konrad Kindhäuser apresenta o Direito Penal Econômico como expressão secundária do Direito Penal, dizendo de outra forma: Direito Penal *secundário*. Vale conferir nos termos do próprio autor:

O Direito penal econômico, enquanto parte do Direito Penal, é um direito *sui generis* e não deve ser erroneamente entendido como mero instrumento para manter uma ordem econômica e seus subsistemas. Também o Direito penal econômico persegue os fins regulativos do Direito penal, utiliza os meios de regulação de Direito penal e descreve responsabilidades segundo os critérios de Direito penal. Em consequência, o Direito penal econômico é legítimo quando cumpre os critérios de legitimidade do Direito penal em geral. Isto significa uma vez mais: que a culpabilidade do autor deve ser a culpabilidade no sentido do Direito penal, se tal injusto tem de fundamentar a culpabilidade penal. Precisamente no que se refere a esses dois pressupostos de legitimidade do Direito penal, é dizer, fundamentar um genuíno injusto penal e retribuir uma genuína culpabilidade penal, questiona-se na moderna discussão na Alemanha a legitimidade do Direito penal econômico. Contrariamente se sustenta que isso implica um abandono do Direito penal e seu conjunto. Esta reprovação se extrai de duas circunstâncias que são consideradas características do Direito penal econômico: a criação de bens jurídicos supraindividuais e sua proteção mediante delitos de perigo abstratos<sup>503</sup>. (tradução nossa)

Direito Penal Econômico, segundo Eduardo Correia, é o ramo do Direito Penal que tutela, com a aplicação da pena, o mecanismo de circulação, a produção e a distribuição de riquezas, logo não atinge o patrimônio. É uma engrenagem, um mecanismo que estabelece algo muito maior que o patrimônio. Estabelece um sistema que tem na sua base a produção, a

<sup>502</sup> TIEDEMANN, Claus. **Poder económico y delito**. Barcelona: Ariel, 1985, p. 9, e SILVA, Ivan Luiz da. **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 139.

<sup>503</sup> KINDHÄUSER, Urs Konrad. **Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstrato en el ámbito del derecho penal económico**. Traduzido por Fernando Molina Fernández. Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 441-442. Tradução livre do trecho: “*El Derecho penal económico, en cuanto parte del Derecho Penal, es un derecho sui generis y no debe ser erroneamente entendido como mero instrumento para mantener un orden económico y sus subsistemas. También el Derecho penal económico persigue los fines regulativos del Derecho penal, utiliza los medios de regulación del Derecho penal y adscribe responsabilidad según los criterios del Derecho penal. En consecuencia, el Derecho penal económico es legítimo cuando cumple los criterios de legitimidad del Derecho penal en general. Esto significa una vez más: que la culpabilidad del autor en Derecho penal económico debe ser culpabilidad en el sentido del Derecho penal, si tal injusto ha de fundamentar la culpabilidad penal. Precisamente en lo que se refiere a estos dos presupuestos de legitimidad del Derecho penal, es decir, fundamentar un genuino injusto penal y retribuir una genuina culpabilidad penal, se cuestiona en la moderna discusión en Alemania la legitimidad de Derecho penal económico. En contra se sostiene que implica un abandono del Derecho penal liberal propio de un Estado de Derecho y que desnaturaliza al Derecho penal en su conjunto. Este reproche se extrae de dos circunstancias que son consideradas características del Derecho penal económico: la creación de bienes jurídicos supraindividuales y su protección mediante delitos de peligro abstracto.*”

circulação e a distribuição de rendas<sup>504</sup>. No mesmo sentido, Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo:

A ordem econômica é objeto de proteção no Direito penal econômico. Porém temos sustentado que essa ordem econômica tem duas formas de manifestação: uma estrita e uma ampla. Em sentido estrito, a ordem econômica é entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia. Em sentido amplo, a ordem econômica é a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços<sup>505</sup>.

Quando se está pensando neste mecanismo, não se pode ter como uma noção distante a ideia de risco a que Bacigalupo<sup>506</sup> se referia. Em toda construção econômica há risco<sup>507</sup>. Sendo o objetivo da economia a riqueza, tem-se um aporte certo, porém com resultado incerto. Por mais que seja provável o resultado, ele não pode ser certo, *e.g.*: produção de algo que não é comercializado e fabricado numa determinada localidade; logo, cria-se uma expectativa, pela experiência, de obter maior riqueza com este produto, mas o futuro sempre será incerto. Como todo mecanismo de produção, circulação e distribuição de riqueza supõe a ideia de ganho, como todo ganho é produto de um futuro e como o produto de futuro é algo que envolve risco, não se pode retirar do Direito Penal Econômico a ideia de risco, já que tal ideia é ínsita a este Direito<sup>508</sup>.

Considerando que os crimes contra o patrimônio possuem sujeitos determinados, questiona-se: quais aspectos no Direito Penal Econômico estarão presentes? Se não pode no capitalismo ocorrer a produção, a circulação e a distribuição sem o sistema financeiro<sup>509</sup>, sem que exista o mercado de consumo, então os crimes contra o consumidor e contra a relação de consumo estão sujeitos ao Direito Penal Econômico<sup>510</sup>.

<sup>504</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Concepto y contenido del derecho penal económico. *In*: Santiago Mir Puig, *et al. Estudios..., op. cit.*, 2002, p. 7; DEL VALLE, Carlos Perez. Introducción al derecho penal económico. *In*: Enrique Bacigalupo (Dir.). **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 33 e 6, e ANTOLISEI, F. **Manual di Diritto Penale**. P.S., II. [S. I.]: Giuffrè, 2008, p. 150-151.

<sup>505</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 17. Tradução livre do trecho: “*El orden económico es objeto de protección en el Derecho penal económico. Pero hemos sostenido que esse orden económico tiene dos formas de manifestación: una estricta y una amplia. En sentido estricto, el orden económico há de entenderse como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. En sentido amplio, el orden económico es la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*”.

<sup>506</sup> BACIGALUPO, Enrique (Dir.). **Derecho..., op. cit.**, 2004, p. 44-45.

<sup>507</sup> BACIGALUPO, Enrique (Dir.). **Derecho..., op. cit.**, 2004, p. 44-45

<sup>508</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes..., op. cit.**, 2007, p. 33.

<sup>509</sup> Teoria da moeda: tem-se troca, o que pressupõe moeda.

<sup>510</sup> CASTAÑÓN, José Manuel Paredes. Los delitos de peligro como técnica de incriminación em el derecho penal económico: bases político-criminales. *In*: Santiago Mir Puig *et al. Estudios..., op. cit.*, 2002, p. 46-47.

Concorrência faz parte do sistema econômico, que faz parte da produção, distribuição e circulação de riquezas. O monopólio é a antítese desse mecanismo, por isso os primeiros delitos que inauguraram o Direito Penal Econômico foram delitos concorrenciais, que dizem respeito à Convenção de Paris de 1883<sup>511</sup>.

Hoje se fala em animal moral, em dignidade do meio ambiente, logo, indaga-se: onde está a matéria-prima para a fonte de produção, circulação e distribuição de riquezas? No meio ambiente. Daí se justificar a inserção do Direito Penal Ambiental no Direito Penal Econômico. A ordem tributária ao lado do Direito Penal Ambiental integra o Direito Penal Econômico<sup>512</sup>. Conforme Raúl Cervini, “os delitos ecológicos normalmente se encontram dentro da categoria do direito penal econômico, porém não por efeito do desenvolvimento de uma noção ‘ampla’ deste”<sup>513</sup>.

A função extrafiscal do tributo é regular o mercado, *e.g.*, imposto de importação, exportação com alíquota fixada pelo Poder Executivo, possibilitando alíquota zero para a regulação de mercado, a fim de proteger a indústria nacional ou fazer com que esta não sofra a concorrência dos produtos estrangeiros. Logo, o tributo também tem a função extrafiscal de regular o mercado. Desse modo, o Direito Tributário diz respeito ao sistema financeiro que e, por consequência, está ligado ao Direito Penal Econômico<sup>514</sup>.

Ao reparar o conjunto de áreas envolvidas, declarações que nunca resultam exaustivas, adverte-se que como consequência da referida noção “ampla” são considerados delitos econômicos: a) os delitos fiscais; b) as fraudes de subvenções; c) os delitos cometidos contra as instituições bancárias, financeiras e cambiais; d) os delitos vinculados ao funcionamento de empresas privadas de seguros; e) os delitos contra a regularidade do trabalho e a seguridade social; f) as quebras, concurso e concordatas fraudulentas; g) os balanços falsos; h) a concorrência desleal; i) os direitos puníveis com o comércio exterior; j) os danos ao ecossistema etc.<sup>515</sup>.

<sup>511</sup> PIERANGELI, José Henrique. Crimes de concorrência desleal. *In*: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (Org.). **Direito penal econômico e da empresa. Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 – (coleção doutrina essenciais; v. 2), p. 978.

<sup>512</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Concepto y contenido del derecho penal económico. *In*: Santiago Mir Puig *et al.* **Estudios...**, *op. cit.*, 2002, p. 6.

<sup>513</sup> CERVINI, Raúl. Derecho penal económico – concepto y bien jurídico. *In*: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (Org.). **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 243. Tradução livre do trecho: “*Los delitos ecológicos normalmente se encuentran dentro de la categoría del derecho penal económico, pero no por efecto del desarrollo de una noción ‘amplia’ del mismo.*”

<sup>514</sup> CASTAÑÓN, José Manuel Paredes. Los delitos de peligro como técnica de incriminación em el derecho penal económico: bases político-criminales. *In*: Santiago Mir Puig, *et al.* **Estudios...**, *op. cit.*, 2002, p. 51.

<sup>515</sup> CERVINI, Raúl. Derecho penal económico – concepto y bien jurídico. *In*: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (org.). **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 238. Tradução livre do trecho: “*Al reparar en el conjunto de áreas involucradas, em enunciaciones que nunca resultan exaustivas, se advierte que como consecuencia de la referida noción ‘amplia’, son considerados delitos económicos: a) los delitos fiscales; b) los fraudes de subvenciones; c) los delitos cometidos contra las instituciones bancarias, financieras y cambiarias; d) los delitos vinculados al funcionamiento de empresas privadas de seguros; e) los delitos contra a regularidad del trabajo y*

O abastecimento de mercado e a associação de empresas são regulados no Brasil por lei antiga, desde a década de cinquenta – 1.521/51<sup>516</sup>. Observe-se que tal lei previa o júri para crimes de tal natureza, embora nunca isso tenha sido implementado<sup>517</sup>. Esta lei foi derogada pela Lei 8.137/90, de crimes contra a ordem tributária e crimes contra a economia popular (ordem econômica). A questão da propriedade intelectual (patente) é mais um item desse mecanismo, assim como a marca<sup>518</sup>.

Não se trata de leis que individualizam o titular dos bens jurídicos, mas sujeitos titulares supraindividuais, logo o bem jurídico é supraindividual<sup>519</sup>. A ideia de risco implica um tipo que tem como objeto um fator de risco<sup>520</sup>, não devendo possuir a mesma metodologia de descrição daqueles tipos que não têm esses fatores.

Isso parece acontecer especialmente na hipótese de bens jurídicos supraindividuais de caráter mais ou menos “difuso”, cuja aparente intangibilidade dificulta sua definição e a concreção de quais condutas possuem os requisitos de ofensividade suficiente para ser incriminadas. A este grupo de casos de utilização ampla de técnicas dos delitos de perigo pertencem frequentemente, por exemplo, os delitos contra interesses econômicos supraindividuais (consumidores, concorrência, sistema bancário, mercado de valores, delitos societários,...)<sup>521</sup>.

Há na tipicidade três possibilidades de elementos, sendo dois obrigatórios e um contingente: (1) objetivo; (2) subjetivo e (3) normativo.

---

*la seguridad social; f) las quiebras, concursos y concordatas de tipo fraudulento; g) los balances falsos; h) la competencia desleal; i) los hechos punibles vinculados con el comercio exterior; j) los daños al eco-sistema etc.”*

<sup>516</sup> BRASIL. Lei ordinária Federal 1.521, de 26 de dezembro de 1951 que altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1521.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1521.htm)>. Acesso em: 06 de junho de 2012.

<sup>517</sup> CRUZ, Jose Raimundo Gomes da. Júri de economia popular. In: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (Org.). **Direito penal econômico e da empresa: Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (coleção doutrina essenciais; v. 2), p. 725/732.

<sup>518</sup> Cf. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. A reforma do Direito Penal Econômico brasileiro. In: **Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense**. Estudios de Derecho Penal em homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asua, p. 233-246. Madrid, junio de 1986, p.234-235: “em 1986, já escrevia sobre a reforma do Direito Penal econômico no Brasil e fazia uma listagem das leis que tratavam, à época, o Direito Penal Econômico, fazendo severas críticas ao ‘assistemático’ complexo normativo brasileiro”.

<sup>519</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 56-71.

<sup>520</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes...**, *op. cit.*, 2007, p. 27-46.

<sup>521</sup> CASTAÑÓN, José Manuel Paredes. Los delitos de peligro como técnica de incriminación em el derecho penal económico: bases político-criminales. In: Santiago Mir Puig, *et al.* **Estudios...**, *op. cit.*, 2002, p. 46-47. Tradução livre do trecho: “*Ello parece suceder especialmente en el supuesto de bienes jurídicos supraindividuales de carácter más o menos ‘difuso’, cuya aparente intangibilidad dificulta su definición y la concreción de qué conductas tienen los requisitos de ofensividade bastante para ser incriminadas. A este grupo de casos de utilización amplia de la técnica de los delitos de peligro pertenecen frecuentemente, por ejemplo, los delitos contra intereses económicos supraindividuales (consumidores, competencia, sistema bancario, mercado de valores, delitos societários,...)*”.

O elemento objetivo é aquele que se encontra no mundo exterior, aquele que pode ser observado pelos órgãos do sentido conhecidos<sup>522</sup>. Se estes elementos, que têm a natureza da descrição imbricada, pudessem esgotar o Direito Penal, este seria de tal forma enfadonho que sua aplicação se tornaria impossível, v.g., imagine que no delito desobediência se tivesse de descrever todas as formas de como desobedecer.

Para evitar a inaplicabilidade da norma, tem-se de recorrer a um meio chamado elemento normativo, definido como “aquele que faz substituir a descrição por uma interpretação, juízo de valor”<sup>523</sup>. Quando o tipo diz: ‘desobedecer a ordem legal de funcionário publico’, percebe-se que o elemento normativo substitui a descrição a partir de um juízo de valor; logo, havendo a ideia de risco, não pode haver descrição em abundância, porque o risco por definição não é conteúdo de descrição, mas a ausência de descrições<sup>524</sup>.

O risco existe enquanto probabilidade de dano<sup>525</sup>. E probabilidade de dano<sup>526</sup> não é compatível, metodologicamente, com nenhuma descrição. O problema é que a ausência de descrição leva à violação da taxatividade<sup>527</sup>.

Considerando que o Direito Penal Econômico é novo e que não tem a mesma assimilação, restrição que por natureza é o que mais se exige na tipicidade, como encontrar, portanto, o equilíbrio entre os postulados do Direito Penal tradicional (ou comum) e do Direito Penal Econômico?

Os crimes de concorrência desleal, historicamente, foram os primeiros construídos para proteger esse mecanismo que compõe o Direito Penal em nome do risco, v.g., no caso de gestão temerária [(...) se é temerária!]. Logo, não se tendo uma técnica para delimitar esta conduta, necessariamente se desaguará na falta de taxatividade<sup>528</sup>. Só se pode considerar

<sup>522</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 53-54.

<sup>523</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 110-111.

<sup>524</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 111.-112.

<sup>525</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002, p. 214 e ss: “Traz como risco representações de ameaças de destruição, quase uma realidade virtual do que pode se dar”.

<sup>526</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2. ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva. 2004, p. 649. Apresenta algumas definições de risco: “(1) ‘probabilidade de perigo’, (2) ‘probabilidade de insucesso’, (3) ‘origem francesa, *risque*, sinônimo de perigo””. Em síntese, a palavra risco esta ligada à probabilidade ora de perigo, ora de insucesso.

<sup>527</sup> CRUZ, Flávio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *In*: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (org.). **Direito penal econômico e da empresa**: Direito penal econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 – (coleção doutrinas essenciais; v. 2), p. 695.

<sup>528</sup> Como ensina SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p.71: “No crime de gestão temerária, utilizado aqui como exemplo emblemático, em razão de sua taxatividade muito rarefeita, só se poderá

gestão temerária se ela violar uma portaria prévia do Banco Central que estabelece qual o risco exacerbado de má gestão, mas é preciso que se tenha uma técnica penal para conferir legitimidade às consequências da violência da pena.

Não obstante a dignidade constitucional do bem jurídico tutelado – a higidez do SFN –, é fato que o art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 não atende ao postulado da taxatividade imposto pela Constituição.[...] Abusando de tipos de perigo abstrato, a Lei de 1986 criminalizou a própria temeridade sem condicionar a aplicação da sanção à prova da ocorrência de dano<sup>529</sup>.

Autores como Miguel Bajo Fernández e Esteban Righi partem da construção de três sistemas que deram origem ao Direito Penal Econômico, a saber: (1) o sistema continental europeu; (2) o sistema alemão e (3) o sistema norte-americano.

O Direito Penal Econômico é um supraordenamento penal que traz consequências diversas das consequências penais no sentido da técnica do bem jurídico – o consentimento do ofendido, a culpabilidade etc. É preciso compreender o perigo da tipicidade para esta especialidade do Direito Penal.

Com a função de regular os mecanismos de produção, circulação e distribuição de riquezas, o Direito Penal Econômico é bastante problemático porque, quando se analisam tais mecanismos, predomina sempre a ideia de busca de lucro. Na economia sempre é necessário, para que o lucro exista, que haja aporte de capital. Portanto, tem-se de um lado uma conduta necessária – investimento – e, de outro lado, uma conduta contingente – resultado –, derivando daí algo incerto. Por isso na relação econômica existe sempre a ideia de risco.

Definir tipo penal à luz da ideia de risco não é tarefa fácil, mas o Direito Penal Econômico não tem como, de outra forma, se utilizar da tipicidade senão com conceitos que sejam pertinentes ao risco. Conceitos que dizem respeito ao risco são menos descritivos do que outros conceitos de Direito Penal. Eles são, na sua maioria, abertos; entretanto, a tipicidade precisa individualizar a conduta, tornando certa a matéria da proibição. Como

---

afirmar o valor protegido pela norma em contraposição ao desvalor exteriorizado pela conduta, aferindo-se o perigo de forma concreta, ou seja, caso a caso”.

<sup>529</sup> CRUZ, Flávio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *In*: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (org.). **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 695.

compatibilizar isso? Algumas normas são abertas e, por isso, inconstitucionais. Como converter as normas abertas em constitucionais?<sup>530</sup>

Segundo magistério de Zaffaroni, foi para dar resposta a uma situação de emergência que se criou o Direito Penal Econômico. Aftalión dizia que por conta do açodamento para resolver questões que estavam prementes, v.g., falta de abastecimento, falta de produto, violação de concorrência, o Direito Penal Econômico se assemelhou a um “traje de arlequim”, isto é, uma costura malfeita de partes que não são harmônicas, com tipos que são historicamente mal construídos.

A primeira norma que serve como referência à tipicidade no Direito Penal Econômico é uma Convenção Internacional de 1883, conhecida como Convenção de Paris<sup>531</sup>. Nela foi disciplinada a concorrência. Daí exsurge o questionamento: é possível atividade econômica sem concorrência? A ideia do capitalismo informa que para existir o desenvolvimento econômico não pode haver monopólio, por isso as primeiras manifestações de que se tem referência no Direito Penal Econômico são aquelas que visam tutelar a concorrência.

O Direito Romano continha no “Digesto” uma afirmação de Paulo: *non quod licitum, honestum est* – nem tudo que é lícito é honesto<sup>532</sup>. O que é lícito pode ser objeto do abuso de direito. Caso concreto (e curioso) chamou atenção em Porto Alegre, na década de setenta, quando uma marca de refrigerante comprou uma enorme quantidade de vasilhames da sua concorrente, inviabilizando seu comércio, deflagrando uma campanha agressiva, e o resultado disso é que o único lugar do mundo que esta marca vende mais que a outra é no Rio Grande do Sul. É lícito comprar vasilhames de refrigerante, mas ocorreu nesta hipótese o chamado

---

<sup>530</sup> Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. **Problemas penais concretos**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 18: “ensina que a interpretação deve se ajustar às ‘exigências constitucionais’”. No mesmo sentido, SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **(Dos crimes..., op. cit., 2003, p. 70, nota 67)**, apoiado em Salo de Carvalho (**Penas e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 172), preleciona: “cabe ao intérprete atenuar os efeitos maléficis, mediante uma interpretação das leis penais e processuais penais calcada na Lei Maior, para que possa gradualmente alterar o panorama da constatação histórica registrada por Salo de Carvalho, segundo a qual ‘as normas de direito penal e de direito processual penal não estiverem em plena harmonia com as Constituições democráticas [...]’ Quanto aos tipos penais abertos, v.g., “se a gestão é temerária”. Continua SILVA, Ângelo Roberto Ilha (**Dos crimes..., op. cit., 2003, p. 71)**: “Pois bem, como a norma é penal aberta, o preenchimento do tipo deverá ser empreendido pelo juiz, considerando o risco permitido pelo mercado, e isso só poderá ser verificado concretamente, a fim de estabelecer se o valor a um tempo imposto e tutelado pela norma foi vulnerado”.

<sup>531</sup> OLIVEIRA JÚNIOR. Gonçalo Farias. Os fundamentos da tutela penal antitruste. In: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (Org.). **Direito penal econômico e da empresa: Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 – (coleção doutrinas essenciais; v. 2), p.978.

<sup>532</sup> *Corpus Iures Civilis*.

“**abuso das práticas honestas**”<sup>533</sup>. A falta de concorrência gerou no caso mencionado a fixação de uma marca.

A partir da Convenção de Paris foram proibidas ações de tal natureza. Ao se criar na Convenção tais definições pré-típicas, muitos países imediatamente as copiaram, entre eles o Brasil<sup>534</sup>. A formulação do tipo penal para tais situações é “aberta”, uma vez que não está definido em nenhum lugar o que significa abuso das práticas honestas. Muitos elementos do Direito Penal Econômico são semelhantes a estes, ou seja, possibilitam uma abertura cognitiva do tipo, e o fundamento desta abertura é a ideia de risco.

### 2.2.2 Técnica legislativa aplicada à tutela penal econômica

A dogmática penal foi construída depois que o princípio da legalidade foi afirmado (Feuerbach)<sup>535</sup>; em seguida se construíram os conceitos de tipicidade; antijuridicidade e culpabilidade. Portanto, quando se fala em culpabilidade, fala-se de um juízo que censura a pessoa humana, tendo como critério aquilo que individualiza a pessoa humana (vontade, consciência, capacidade).

A culpabilidade é formada com a definição de juízo de reprovabilidade social feito ao autor do fato típico e antijurídico, que podendo se comportar conforme ao Direito, optou por se comportar contrário a este<sup>536</sup>. A reprovação da pessoa supõe o que a caracteriza, por isso sua responsabilidade será fundada no dolo, isto é, na vontade de praticar o resultado<sup>537</sup>. O dolo foi durante muito tempo elemento da culpabilidade.

A dogmática ainda era um embrião quando se estabeleceu o postulado *societas delinquere non potest*<sup>538</sup>, leia-se, as sociedades não podem delinquir. Desse modo, exclui-se a responsabilidade penal sobre as pessoas jurídicas, mesmo antes de o princípio da legalidade ser formulado. Tal postulado teve origem no Direito Romano e desde a Idade Média vem

<sup>533</sup> Interessante dizer que naquela época, se uma garrafa custasse dois cruzeiros, a Pepsi pagava seis cruzeiros, para depois quebrar os cascos/garrafas e impossibilitar o envasamento da marca concorrente.

<sup>534</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias. Os fundamentos da tutela penal antitruste. In: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (Org.). **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 885 *et seq.*

<sup>535</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 37-38.

<sup>536</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução...**, *op. cit.*, 2002, p. 135-136.

<sup>537</sup> No Brasil, em face do art. 18, I, do CP/40, duas teorias foram adotadas para a configuração do dolo: (1) teoria da vontade e (b) teoria do assentimento. Significam, respectivamente, que para se praticar uma conduta dolosa o agente deve ter vontade de ver concluir-se o resultado ou assentir no resultado.

<sup>538</sup> TIEDMANN, Klaus. **Derecho Penal y nuevas formas de criminalidade** (Trad. Manuel Abanto Vásquez). Lima: Grijey. 2007, p. 90; BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**, v. I. Trad. Paulo da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1966, p. 276, e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 192.

predominando na doutrina<sup>539</sup>; encontrou em Bártolo de Sassoferrato<sup>540</sup> sua maior expressão no Direito medieval e permaneceu até o século XVIII como questão incontroversa<sup>541</sup>.

A interrogação ao fundamento é compulsória: qual a pessoa jurídica mais importante naquela época? Durante muito tempo foi a Igreja, e só depois o Estado ocupou tal posição. Quanto à Igreja, no caso de conflito entre o Direito natural e a lei estatal, prevaleceria o primeiro, da Idade Média até o começo da Idade Moderna. Outra questão a se interrogar: quando um membro da instituição cometia um delito, toda a Igreja poderia sofrer? A ideia de *societas delinquere non potest* é oriunda de *corpus mystic*<sup>542</sup>, ou seja, significa ser a Igreja<sup>543</sup> o corpo místico de Cristo<sup>544</sup>, daí as sociedades não podiam delinquir por serem um *corpus mystic*. Isso faz com que a instituição não sofra o que um de seus membros poderia sofrer<sup>545</sup>. Surgiu daí a ideia de que as pessoas jurídicas não podem sofrer, pois se a pessoa física tem vontade, logo, culpabilidade (que pressupõe capacidade), a pessoa jurídica não as possui<sup>546</sup>.

As pessoas jurídicas muitas vezes compostas por uma pluralidade de pessoas físicas que tem atividades em cadeia de comando complexa e veloz em muitos casos inviabiliza a realização do tipo, pois não há como individualizar a conduta.

Ao analisar o Direito Penal Econômico em face da velocidade e da complexa cadeia de comando, percebe-se que o tipo não pode se realizar por uma pessoa determinada, pois, não se consegue identificar na cadeia de comando quem emitiu a ordem, por exemplo: no caso de uma empresa controladora de uma hidrelétrica, onde várias pessoas tem acesso a computadores com senhas para abrir uma comporta e ao final gera uma inundação lesionando

<sup>539</sup> CORREIA, Eduardo. *Introdução ao Direito penal econômico*. In: Eduardo Correia et al. **Direitopenal...**, op. cit., 1998, p. 307, e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, op. cit., 2003, p. 192-193.

<sup>540</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito...**, op. cit., 2009, p. 135, e CRETELA JÚNIOR, José. **Direito...**, op. cit., 2006, p. 6; BRANDÃO, Cláudio. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito...**, op. cit., 2012, p. 142-143.

<sup>541</sup> PIERANGELI, José Henrique. “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a Constituição”. *RT* 684/318, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1992; SILVA, Fernando Quadros da Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (Org.). **Direito penal econômico e da empresa: Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 – (coleção doutrinas essenciais, v. 3), p. 251; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, v. 1, p. 187, e CONDE, Francisco Muñoz. *Cuestiones dogmáticas básicas em los delitos económicos*. In: **Revista Penal**, Salamanca, ano 1, n. 1, p. 70-71 [1997].

<sup>542</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. **O espírito das instituições: um estudo de história do Estado**. Coimbra: Almedina, fevereiro de 2006, p. 60 e 69. HOMEM, António Pedro Barbas. **A lei...**, op. cit., abril, 2001, p. 153.

<sup>543</sup> Interessante constatar que as pessoas que formavam a Igreja eram mais perseguidas pela Inquisição do que as de fora dela; portanto, a Inquisição foi muito mais endógena do que exógena.

<sup>544</sup> A Igreja é um corpo místico porque é diferente corpo de quem a compõe. Assim, Jesus Cristo é a cabeça e os membros são as pessoas.

<sup>545</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal**. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, t. I, p. 213.

<sup>546</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, op. cit., 2003, p. 193, e SHECAIRA, Sergio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica (de acordo com a Lei 9.605/98)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998, p. 32.

bens jurídicos difusos, resta saber de quem partiu tal ação. Tal dificuldade em individualizar a conduta torna impossível a tipicidade, logo é necessário lançar mão de algumas técnicas para vencer esta barreira.

Uma das técnicas usadas diz respeito aos **elementos de abertura do tipo** que fazem com que conceitos não descritivos estejam presentes na conduta proibida - na sua individualização. Necessidades estruturais (que são baseadas em postulados diversos dos postulados do Direito Penal clássico) devem se compatibilizar com a taxatividade (decorrência do princípio da legalidade). Só é possível fixar um ponto de equilíbrio quando a noção de risco e a construção do tipo estiverem determinadas.

Perigo é diferente de risco, e tal diferença é fundamental para o Direito Penal Econômico. Está distante de ser pacífica a discussão que trata das diferenças e similitudes entre probabilidade e possibilidade, uma vez que estas contribuem para a definição de perigo.

José de Faria Costa escreve em seu livro “O perigo em Direito Penal” que para definir tecnicamente perigo, deve-se fazer uma diferenciação entre probabilidade e possibilidade<sup>547</sup>. A probabilidade é um dado da experiência<sup>548</sup>, enquanto a possibilidade é um dado da contingência<sup>549</sup>. A probabilidade se dá em face da construção mental dos fatores causais<sup>550</sup>, v.g., para um vivente colocado numa ilha sem água potável e sem mantimentos, a probabilidade de morte é muito alta. Já a possibilidade é um dado da contingência, e.g., é possível que ao sair na rua um raio caia e mate um transeunte; isso é possível, mas não é provável.

Faria Costa diz que para se avaliar a noção de perigo a primeira coisa a se fazer é analisar a probabilidade, porque para efeito do tipo penal, quando este disser respeito ao perigo, há de se verificar os dados de estatísticas e os dados da experiência. Assim, não se pode interpretar um tipo de perigo com base numa mera possibilidade. A probabilidade, sim, é a noção que está vinculada à ideia de perigo.

---

<sup>547</sup> Cf. COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito...**, *op. cit.*, 1999, p. 56, possibilidade e probabilidade não são diferentes.. “O perigo, enquanto **possibilidade (ou probabilidade)** de um dano, não tem existência real [...]”. Percebe-se que a partir da afirmação o autor não faz distinção entre as duas.

<sup>548</sup> COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 321.

<sup>549</sup> Cf. RIOS, Sánchez, Rodrigo. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e do pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. *In: Alberto Silva Franco. Rafael Lira (Coord.). Direito penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 216: “É o fato de que as possibilidades apontadas para solucionar determinadas experiências poderiam sempre ser diferentes da opção selecionada”.

<sup>550</sup> Paulo José da Costa Junior, **Curso de direito penal**, e Nelson Hungria, **Comentários ao Código Penal**, *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 93, nota 16. **Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p. 113, nota 34.

Segundo Faria Costa<sup>551</sup>, é de ordem subjetiva o perigo em face da probabilidade e da experiência, o que faz com que a percepção da violação possível de um bem e da realização de um mal seja efetuada pelos nossos sentidos. Se a percepção é realizada pelos nossos sentidos é porque o perigo possui um lado objetivo, que é a probabilidade, e um lado subjetivo, que é a possibilidade, resultando na percepção intelectual de um mal<sup>552</sup>.

Paulo José da Costa Júnior apresenta a probabilidade como um grau mais intenso da possibilidade. Para além disso, afirma que o juízo de probabilidade é feito sempre com vista para o futuro; diz que se trata de um juízo apriorístico, parte-se dele para se chegar à noção de perigo; refere-se à probabilidade como abstração do provável, logo, opõe-se à efetividade; quando o que aprioristicamente se ajuizara como provável não se realizou, o perigo não deve ser *a posteriori* eliminado, logo o fato *ex ante* era perigoso; enquanto o perigo passado não é mais perigo, o perigo futuro não é ainda um perigo. O verdadeiro perigo é o presente, persistente e subsistente, que poderá ser eminente e atual; conclui que perigo é a probabilidade de um evento temido. Trata-se de conceito normativo, de fundo emocional, assentado num cálculo probabilístico, suscitando um temor pela acentuada possibilidade de realização do **dano** e comprometendo a situação de gozo de determinado **bem**<sup>553</sup>.

Arturo Rocco, segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva, identificou o **perigo** como uma possibilidade de **dano** ou possibilidade de diminuição de um **bem** ou, em outros termos, **dano possível**. Nesse sentido, Rocco dizia que para se chegar à noção do conceito de perigo haveria de atentar-se para a definição de **possibilidade**<sup>554</sup>.

A corrente que sustenta a probabilidade para definir o perigo é majoritária, tendo os seguintes seguidores: Bettiol, Biamonti, Carnelutti, Maggiore, Petrocelli, Pannain, Grispigni, Ranieri, Santoro, Vannini, Nelson Hungria e Aníbal Bruno. Já a corrente minoritária, que fala de possibilidade para definir perigo, tem nas figuras de Rocco, Delitala, Florian e Von Hippel seus principais defensores<sup>555</sup>.

Nesta seara doutrinária o único consenso existente é quanto à multiplicidade do pensar objetivando atingir o mesmo ponto, qual seja: definir o que é perigo. A partir desta inicial controvérsia, percebe-se quanto é penosa a tarefa deste braço do Direito Penal.

<sup>551</sup> COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo...**, *op. cit.*, 1992, p. 581.

<sup>552</sup> No mesmo sentido, COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito...**, *op. cit.*, 1999, p. 56, “ensina quanto aos elementos, porém quanto à possibilidade e à probabilidade não há diferença: duas correntes conceituam perigo, uma de natureza subjetiva e outra objetiva: a primeira trata perigo como representação mental; já a segunda diz ser um dado da realidade”.

<sup>553</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito...**, *op. cit.*, 1999, p. 56-57.

<sup>554</sup> ROCCO, Arturo. **L’oggetto del reato e della tutela giurica penale**. Torino: Bocca, 1913, p. 297.

<sup>555</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo Causal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 59.

Em sequência, observa-se que risco e perigo não são sinônimos para efeito de tipo<sup>556</sup>. A ideia de risco se vincula à ideia de bem jurídico. A ideia de perigo é a ideia que se vincula à ideia de complemento de tipicidade.

O perigo fundamenta no Direito Penal a formulação linguística do tipo. O perigo no Direito Penal é para os signos de comunicação de que o legislador se utiliza na individualização, na matéria de proibição. Quando se diz, por exemplo, “se a gestão é fraudulenta” é um crime contra o sistema financeiro, ou “se a gestão é temerária”, em ambos os tipos se tem a noção de perigo, porque pela probabilidade se tem noção de que o sistema financeiro pode ruir devido a determinadas condutas, daí se construir signos de comunicação com base nessa ideia de probabilidade. Paulo José da Costa Junior trata o perigo como probabilidade de um evento temido<sup>557</sup>.

O critério do perigo para o Direito Penal, portanto, está vinculado à construção de signos de comunicação da tipicidade, mas o que fundamenta o Direito Penal Econômico não é a noção de perigo, porém a noção de risco. O risco tem de ser definido para que se possa fazer a diferenciação.

A definição objetiva do perigo como uma situação de fato permite caracterizar o risco como a qualidade de uma situação que antecede o perigo. O risco refere-se à tomada de consciência do perigo futuro e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele. [...] A compreensão deste fenômeno é indispensável para o estudo do direito penal na atualidade. O risco, elemento central na organização social, será fator determinante para a orientação da política criminal. A forte presença de tipos de perigo abstrato nas legislações, a normatização dos nexos causais pela teoria da imputação objetiva, o desenvolvimento das normas de cuidado e dos delitos culposos, as novas definições dogmáticas de omissão e de autoria utilizam o risco como elemento nuclear. O risco é incorporado ao direito penal da mesma forma que é incorporado em outros setores comunicativos da sociedade, de maneira impactante e incisiva<sup>558</sup>.

O risco não se vincula nem tem escopo na ideia de signos de comunicação do tipo. Não tem por escopo dar o conteúdo da matéria de proibição. Quem faz isso é a noção de perigo, porque o risco não está tão vinculado, como o perigo, à noção de probabilidade. A ideia de risco se vincula à estrutura do bem jurídico. Diferentemente do tipo, que diz respeito à forma do crime, o bem jurídico diz respeito à substância do crime, isto é, não integra a tipicidade formal.

A forma do crime perpassa três elementos, mas o bem jurídico não. Chega ao conceito material de crime pelo bem jurídico.

---

<sup>556</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes...**, *op. cit.*, 2007, p. 29-30.

<sup>557</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito...**, *op. cit.*, 1999, p. 57.

<sup>558</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes...**, *op. cit.*, 2007, p. 32 e 49.

Bem jurídico é valor; Lotz dizia que o valor em si mesmo é uma realidade indefinível, não se sabe o que ele é, mas dificilmente se consegue reduzi-lo ao conceito, porque valor é a capacidade da faculdade humana de atribuir signos positivos ou negativos a algum objeto<sup>559</sup>, v.g., o professor é justo, quanto à avaliação, pois corrige a prova diante dos alunos, ou é injusto, pois não sabe o porquê da nota. Fazendo esta avaliação poderá emitir signos positivos ou negativos. O valor é exatamente esses signos emitidos, portanto o valor é indefinível e, assim, não pode ser reduzido ao signo de comunicação<sup>560</sup>.

O bem jurídico é o valor objetivamente tutelado na norma<sup>561</sup>. Por exemplo: a vida, enquanto valor, não é o conjunto de funções que possibilitam a existência do sujeito se prostrar no tempo. Porém, não podemos definir a vida assim; enquanto valor, a vida transcende ao conceito ou à definição descritiva. A vida é algo a que se atribui uma significação positiva ou negativa. O que se extrai desta conclusão, que advém de Lotz, é que o bem jurídico em si mesmo não tem existência palpável, e sim existência lógica. A existência do bem jurídico enquanto realidade valorativa não é uma existência que pode ser descrita pela observação controlada dos fatos.

Quando se fala de estrutura de risco para a economia está-se a dizer que a lógica de mercado faz com que o aporte seja certo e o resultado seja incerto, mas a lógica do mercado, enquanto lógica, enquanto estrutura econômica, não integra os signos que descrevem a matéria da proibição. O que integra os signos da proibição é o perigo. Pode-se dividir o perigo em concreto e abstrato, mas o risco não possui a mesma divisão.

Não chegou ao âmago do Direito Penal Econômico porque o que fundamenta é o risco e não o perigo. Considerando os crimes do Código Penal brasileiro, há definições que são vinculadas a ideia de perigo, por exemplo, art. 132 – a construção do tipo neste exemplo guarda ideia de perigo, mas o que fundamenta o Direito Penal Econômico não é este perigo, senão o risco.

O perigo é uma construção do signo do tipo; o risco é uma construção da política criminal. Roxin diz que a atividade de política criminal nos dias atuais é dupla: (1) tanto é vinculada ao legislador quando este está elaborando o tipo, quanto (2) é vinculada ao intérprete que está aplicando o tipo.

Política criminal é a possibilidade de interpretação de violência da pena fora do formalismo incriminatório do tipo, ou seja, pela política criminal se pode agir fora do tipo

---

<sup>559</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 139.

<sup>560</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 139.

<sup>561</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 143.

desde que para beneficiar o agente. Ora, quando se diz que o risco é uma noção de política criminal, via de consequência, está se afirmando que o perigo não o é.

O risco pode ser um fundamento para afastar a punibilidade nos casos do Direito Penal Econômico, porque a atividade de política criminal é feita pelo intérprete quando verifica a proporcionalidade entre autor e pena. A ideia de risco como elemento do tipo e como elemento da política criminal pode ser um fundamento supralegal de exclusão de tipicidade. Quanto ao bem jurídico, este pertence a uma pessoa determinada em Direito Penal, via de consequência, não pode ser considerado como pertinente à estrutura da parte especial, v.g., a vida que é imputada a um sujeito determinado, assim como o patrimônio, a honra, a integridade física etc.; logo, há individualização<sup>562</sup>.

Por conta de um abuso de propriedade (abuso das práticas honestas), como já exemplificado neste trabalho, todo mercado de consumo desde a década de 70 foi alterado. A vítima neste caso é difusa, pois o mercado de consumo possibilita ao sujeito optar pela diversidade de produto.

Em que medida o Direito Penal pode ser aplicado ao Direito Penal Econômico, uma vez que o sujeito passivo não é individualizado? Na construção do tipo a indeterminação do sujeito passivo será outra característica que diferenciará o Direito Penal Econômico dos demais, porque existe uma cláusula supralegal de exclusão de antijuridicidade denominada consentimento do ofendido. Sendo o sujeito passivo indeterminado, ninguém pode, nem mesmo o Estado, dar consentimento para a violação do bem jurídico.

Quando se diz que o princípio da legalidade exige a lei certa (*lex certa*), diz-se que a tipicidade é consequência da taxatividade penal. Ora, se o tipo faz com que uma conduta ganhe relevância para seara jurídica penal é porque o tipo faz com que seja individualizada a matéria de proibição. É, portanto, uma decorrência da tipicidade a identificação dos elementos diferenciadores da conduta que está sob ameaça de uma pena, e justamente por isso ela é proibida.

Ao dizer que cabe ao tipo “deixar clara” e “tornar conhecida” a matéria de proibição, na verdade Welzel afirmava que o tipo tem de ter preponderância de elementos objetivos. Dizer isso implica confirmar que o objetivo se contrapõe ao subjetivo em Direito Penal, na

---

<sup>562</sup> CERESO MIR, Jose. *Curso...*, op. cit., 1993, p. 13.

esfera da consciência e da vontade do sujeito. O objetivo é o que pode ser, pelos órgãos do sentido, percebido no mundo exterior, e por isso é passível de descrição<sup>563</sup>.

A partir de von Weber<sup>564</sup>, que também é finalista, observou-se uma dicotomia diferente da de Welzel. Podiam então os elementos do tipo ser compreendidos à luz dos elementos normativos<sup>565</sup> e descritivos<sup>566</sup>. Embora que essa dicotomia foi criada em contraposição aos elementos normativos, estes se identificam no conceito substancial dos elementos objetivos<sup>567</sup>. Não há que se trabalhar com quatro elementos do tipo, mas com apenas três: (1) objetivo; (2) subjetivo; (3) normativo; o (4) descritivo não existe em razão da tautologia entre descritivos e objetivos. O elemento objetivo é **contingente**; os demais são **necessários**<sup>568</sup>.

A questão do Direito Penal Econômico é nodal. Welzel dizia que para identificar a matéria de proibição deve haver a preponderância dos elementos objetivos, caso contrário, o tipo não consegue delimitar as fronteiras de uma conduta. Pragmaticamente, só delimita se houver a preponderância dos elementos objetivos. Percebe-se que o elemento objetivo é o primeiro e se realiza no mundo exterior. O verbo é o núcleo do tipo; é o elemento que realiza no mundo exterior; que faz perceber uma ação no mundo exterior.

Essa matéria de proibição (um conceito procedente do Direito natural escolástico) contém a descrição objetiva, material, da conduta proibida. Somente por meio da matéria de proibição podem o *cidadão* e o *juiz* conhecer quais formas de conduta estão proibidas. Para o Direito Penal, tem importância especial que se limite o conteúdo da proibição. Porque apenas por meio da indicação concreta da matéria de proibição são satisfeitas as exigências do *nulla poena sine lege*. **Por isso, o Direito Penal deve se preocupar, mais que os restantes setores do ordenamento**

<sup>563</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 53.

<sup>564</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias...**, *op. cit.*, 1980, p. 56-57.

<sup>565</sup> São aqueles que dependem de uma valoração de cultura ou jurídica. Valoração cultural: o que é um ato obsceno? Valoração jurídica: o que é funcionário público? Todos os tipos que são compreendidos à luz de uma valoração são normativos.

<sup>566</sup> Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p.53: Já os elementos descritivos, em contraposição aos normativos, como o nome já diz, são percebidos e descritos. O problema reside na substância. Os elementos objetivos são identificados como elementos descritivos, não existindo diferença substancial entre esses elementos, de modo que por critérios diferentes se chega ao mesmo conceito, já que todo elemento objetivo que se realiza no mundo exterior pode ser percebido pelos órgãos do sentido e é passível de descrição.

<sup>567</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias...**, *op. cit.*, 1980, p. 56.

<sup>568</sup> Cf. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 64-65: “[...] enquanto a relação entre a tipicidade e a antinormatividade é necessária, a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade é contingente. Esta dita relação contingente que se verifica entre a tipicidade e a antijuridicidade se fundamenta no fato da antijuridicidade ser a contradição da ação que realiza um tipo penal com o ordenamento jurídico em seu conjunto, não apenas com o comando da norma proibitiva, conhecido a partir do tipo penal especificamente realizado. Caso exista, portanto, uma causa de justificação autorizando a realização da conduta típica, a antijuridicidade é excluída, enfatize-se, porque ela é um juízo de contradição daquela com o ordenamento jurídico em seu conjunto”.

**jurídico, em obter uma descrição objetiva, o mais exata possível, de sua matéria de proibição; deve ser um Direito Penal “substancial” [...]**<sup>569</sup>. [Grifo nosso].

Quando se fala em tipo penal a regra é que o verbo seja construído no infinitivo, por exemplo: matar, constranger etc., não ocorrendo o verbo na forma conjugada. No caso de “apropriar-se”, o verbo é reflexivo, mas está conjugado na forma infinitiva. No caso dos tipos de ação penal múltipla ou conteúdo variado, *v.g.*, art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06<sup>570</sup>, denominada lei antidrogas, há dezoito verbos no infinitivo<sup>571</sup>, mas tão só uma matéria de reflexão, porque o complemento desses verbos é comum, logo é classificado como tipo penal alternativo, ou seja, não pode ser aplicado cumulativamente.

No caso do tipo misto cumulativo existe mais de uma matéria de proibição, *e.g.*, no art. 242 do CP/40<sup>572</sup> há três verbos no infinitivo, que não se comunicam: “[...] dar parto alheio como próprio; registrar como seu, filho de outrem; ocultar ou suprimir, substituir direito inerente ao seu estado civil”. Para cada verbo há um predicado e, caso se pratique mais de uma conduta, isso resultará em acumulação<sup>573</sup>.

Welzel, ao escrever sobre tipicidade e ao afirmar que todo tipo precisa descrever a matéria da proibição, ressaltava que por matéria da proibição se compreende a individualização do comportamento que está ameaçado com uma pena. Isso se dá porque se houvesse um tipo com uma norma amplamente geral (*v.g.*, aquele que violar gravemente os comportamentos que são considerados intoleráveis para a vida social será punido com uma pena justa), esta norma em tese poderia abarcar todos os crimes do Código Penal; porém, justamente por não individualizar a matéria da proibição, ela não pode ser tida como uma norma válida. Então, ao se apresentar a ideia de matéria da proibição, na verdade está sendo individualizada uma conduta sob ameaça de uma pena, ocasionando o desvalor da ação.

<sup>569</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 48; e BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: os elementos...**, *op. cit.* 2012, p. 53-54.

<sup>570</sup> BRASIL. Lei ordinária Federal 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm)>. Acesso em: 4 de junho de 2012.

<sup>571</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]

<sup>572</sup> Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil [...]

<sup>573</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 102.

O que é desvalor da ação? Quando se analisa o que significa a tipicidade (indício da antijuridicidade), isto é, quando se analisa o conteúdo das relações de tipicidade e antijuridicidade, verifica-se que o legislador ao tipificar uma conduta, imputando a esta uma pena, faz incidir sobre ela um desvalor prévio, porque considera aquela conduta como punível, sendo aquela ação desvaliosa. Justamente pela violência apresentada em face da pena, é necessário que a matéria da proibição tenha a preponderância dos elementos descritivos<sup>574</sup>.

Há as doutrinas anteriores a Welzel<sup>575</sup>. Graf zu Dohna, que foi professor de Welzel, em seu texto “Estrutura da teoria do delito” enfatiza a dicotomia existente entre tipo objetivo e tipo subjetivo, enquanto Von Weber ressalta a dicotomia observada tipo descritivo e normativo. Até hoje há doutrinadores que, sem refletir muito, consideram que os elementos do tipo penal são classificados em objetivos, subjetivos, descritivos e normativos. Américo Taipo de Carvalho assim classifica na doutrina portuguesa. Já Bitencourt faz a classificação tripartite: objetivos, subjetivos e normativos<sup>576</sup>.

Os critérios dessas definições são diversos.

Subjetivos – *sub* (ego do sujeito) – são aqueles que estão na esfera da consciência e na esfera da vontade. Objetivos – são os exteriores ao sujeito, que se desenvolvem no mundo real/ exterior, que se desenrolam no mundo real e são percebidos pelos órgãos do sentido. Todo elemento que se desenvolve no mundo exterior e que se percebe pelos órgãos dos sentidos pode ser descrito. Daí que os elementos objetivos do tipo são substancialmente identificados como elementos descritivos, já que possuem a mesma substância.

O tipo normativo de Von Weber é aquele compreendido à luz do juízo de valor, *v.g.*: o que é ato obsceno? Define-se isso a partir de um juízo de valor. Não se pode descrever objetivamente o que é obsceno; para tanto, deve-se fazer um juízo de valor com base na cultura. É a partir da moral social que se chega à obscenidade.

Por que esse tipo normativo é contraposto ao tipo descritivo? Os juízos de valor não são apenas de caráter cultural, como no exemplo do ato obsceno, mas, também, são juízos de valor jurídico. Baseiam-se em normas, *e.g.*, um cheque, um *warrant*, o que é funcionário público etc. O que importa é que eles se contrapõem aos tipos descritivos; enquanto aqui se

---

<sup>574</sup> WELZEL, Hans. **O novo...**, *op. cit.*, 2001, p. 61 *et seq.*

<sup>575</sup> TAVARES, Juarez. **Teorias...**, *op. cit.*, 1980, p. 5557.

<sup>576</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 341-343.

explica (descritivo), lá se compreende (normativo). Descreve-se algo que, no mundo exterior, os órgãos do sentido apreendem<sup>577</sup>.

Em síntese: a quadripartição é simplificada a uma tripartição. Quanto ao elemento descritivo, a sua referência resulta em tautologia, pois já se subentende quando se fala em elementos objetivos.

Para se ter compreensão do que é individualizado é necessária a descrição no mundo exterior do que objetivamente se percebe pelos órgãos do sentido como algo proibido. Assim, ao se descrever a conduta “deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade” no art. 69 da Lei 8.078/90<sup>578</sup>, revela-se a proibição mediante a preponderância dos elementos objetivos.

Welzel dizia que o núcleo de cada tipo penal é a conduta, isto é, o núcleo de cada tipo penal é o verbo que se realiza em face do domínio final da vontade. O verbo, por apresentar uma modificação exterior, é de ordem objetiva. Logo, qual é esse verbo? Neste caso, é o verbo deixar. Os verbos podem dar causa a duas espécies de normas. Na linguagem usada por Luis García Martín, são os tipos imperativos de conduta positivos ou negativos<sup>579</sup>.

Imperativos positivos são os que abrigam um comportamento determinado, dando causa aos crimes omissivos próprios. Imperativos negativos são aqueles que sem proibir o comportamento, determinam uma abstinência, sob a ameaça de uma pena (reclusão de 6 a 20 anos, no caso do homicídio, no art. 121 do CP/40<sup>580</sup>); logo, crime comissivo e não omissivo. No imperativo positivo a norma ordena que o sujeito “mande organizar alguma coisa”.

Curiosamente, o CP/40 tem quase duas centenas de verbos; deles, a imensa maioria é transitivo direto, *v.g.*, deixar (quem deixa, deixa alguma coisa)<sup>581</sup>. Neste tipo há um objeto direto preposicionado (deixar de organizar) complementando o verbo com um elemento não descritivo. O que é a “organização”, no sentido de saber de que forma são organizados? É

<sup>577</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 111.

<sup>578</sup> BRASIL. Lei ordinária Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 4 de junho de 2012.

<sup>579</sup> GRACÍA MARTÍN, Luis. (**Fundamentos de dogmática penal**. Uma introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier: 2006, p. 305) *apud* BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 62-63.

<sup>580</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 4 de junho de 2012.

<sup>581</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 102-103 e VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000, p. 67.

possível se dizer que forma de organização se impõe? Como se faz? Através da lei? Enfim, não é possível porque a “organização” não é um elemento descritivo. Diferente seria, por exemplo, deixar de organizar em arquivos eletrônicos. Não é o caso do tipo em apreço, que diz apenas “deixar de organizar”, não sendo este componente descritivo.

O que deveria conferir base à “publicidade”? É outro conceito equívoco, pois não se sabe qual o sentido, já que “publicidade” e “propaganda” não são palavras sinônimas. Tudo isso interfere nos dados científicos. Em suma, neste tipo penal não se consegue identificar qual a matéria de proibição. A técnica penal dá um indicativo para a construção dos tipos. O Direito Penal Econômico mantém, quanto à técnica legislativa, um distanciamento para o Direito Penal. Como suprimir tal distanciamento?

Antes de qualquer explicação sobre os porquês deste distanciamento (desta técnica que está no substrato), importa saber quais são os elementos de abertura que a técnica penal propõe, para que se possa estabelecer um mecanismo de afastamento da descrição, sem se perder a matéria da proibição. O Poder Legislativo brasileiro tem utilizado com certa frequência a **norma penal em branco**<sup>582</sup> e os **elementos normativos jurídicos**<sup>583</sup>.

Preliminarmente, o que é um elemento normativo? Roxin anota que se o Direito Penal fosse obrigado a descrever de forma objetiva, ele seria tão enfadonho e longo que tornaria impossível a sua operacionalização. Na prática, ele não seria aplicado. Para exemplo: desobediência (desobedecer a ordem legal de funcionário)<sup>584</sup>. Para possibilitar uma abertura interpretativa, o tipo penal faz uso deste mecanismo sem recorrer a uma descrição. Os tipos abertos (p. ex.: culpa) são normativos, logo todas as considerações se equivalem – imprudência, negligência e imperícia –; todos são elementos normativos, já que são espécies de elementos normativos.

---

<sup>582</sup> Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 50: “As leis penais em branco são tipos legais com sanção penal determinada e preceito indeterminado, dependente de complementação por outro ato legislativo ou administrativo – como a identificação das doenças de notificação compulsória (art. 269, CP). As leis penais em branco exprimem a tendência moderna de administralização do Direito Penal, com transferência de poderes punitivos a funcionários do Poder Executivo, ou a modalidades inferiores de atos normativos (o Decreto, a Resolução, etc.) [...]”.

<sup>583</sup> Cf. BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. **Derecho...**, *op. cit.*, 1998, p. 120 *et seq.* Há também as cláusulas de autorização, que são tipos penais absolutamente abertos. “[...] *Una de las características más representativas del derecho penal económico es la utilización de una técnica legislativa para describir los tipos que plantea un cúmulo de cuestiones comunes de notable trascendencia, tanto desde un punto de vista político-jurídico, con desde la perspectiva dogmática. Me refiero a la técnica de la ‘remisión’ legislativa. [...] en el ámbito del derecho penal esta técnica ha sido asociada tradicionalmente al fenómeno de las denominadas ‘leyes penales em blanco’, mas también cabe entenderla vinculada (como apunta la moderna doctrina) a otros dos fenómenos similares, aunque no idénticos: el de los elementos formativos jurídicos y el de las cláusulas de autorización.*”.

<sup>584</sup> Cf. Código Penal brasileiro vigente no art. 330 – Desobedecer a ordem legal de funcionário público [...]

Roxin afirmava, entretanto, que o abuso no elemento normativo é inconstitucional por violação da *lex certa* – dizendo de outra forma, por falta de taxatividade, porquanto deve estar associado ao elemento descritivo que dá a compreender a matéria de proibição. Não pode existir o elemento normativo dissociado do elemento objetivo.

Afirma Roxin ainda que seria uma fraude à matéria do princípio da legalidade o abuso do elemento normativo, porque uma lei, aparentemente em conformidade com a estrutura penal, deixaria uma indeterminação de tal ordem que poderia haver contradição na aplicação territorial de um crime, na medida em que o abuso do elemento normativo possibilita que algumas condutas, por alguns juízes, sejam tidas como criminosas, e essas mesmas condutas não sejam assim consideradas por outros juízes. Faz-se necessário que um elemento normativo esteja vinculado a um elemento objetivo, para que se evite o abuso.

No caso do art. 69 da Lei 8.078/90 (o verbo deixar), o imperativo é positivo; portanto, omissão, conceitualmente, é deixar de fazer; o quê? Deixar de “organizar”, porém organizar é elemento normativo. Pode-se identificar qual a conduta no art. 69? Convém explicitar que deve ser feito num fichário velho (?) ou em prateleiras (?), em um computador (?) etc.<sup>585</sup>.

Há uma multiplicidade de opções e a matéria de proibição diz justamente o que não pode acontecer no tipo. A dicotomia material é aventada desde a Idade Média: **crime mera proibição** (inconstitucional) e **crime em si** (constitucional). Essa é outra questão, pertinente à análise material. Está-se ainda no plano da tipicidade, na análise da técnica penal.

Welzel utilizou o conceito de Beling, que dizia ser a omissão um conceito superior de ação que envolve ação positiva e negativa (agora, **ação negativa em si mesma**). Sendo a omissão a ausência de uma ação, ela é normativa e só existe em função do Direito, que exige uma ação determinada. Caso se deixe de individualizar a matéria de proibição, há a possibilidade de locuções verbais. No caso do art. 69 da Lei 8.078/90, a locução verbal está funcionando como complemento do verbo “deixar” (“deixe de organizar”, sem dizer como se deve proceder).

---

<sup>585</sup> Com efeito explica Brandão: “A tipicidade é, portanto, um juízo de subsunção que pressupõe um *molde*. Quando ele não existir, não existem também, por conseguinte, a matéria de proibição e não pode haver a constatação de um comportamento penalmente relevante. Veja-se o exemplo do art. 69 da Lei 8078/90: ‘Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade’. É impossível haver tipicidade, pois não pode haver o enquadramento de nenhuma conduta nesta descrição. Com efeito, o legislador não estabeleceu conceitualmente como os dados ‘que dão base à publicidade’ devem ser organizados. De que tipo de ‘organização’ se fala no tipo? A descrição não permite individualizar e conhecer a matéria da proibição, pois não há, minimamente, a taxatividade exigida como condição de coerência entre a lei penal e as exigências do princípio da legalidade” (BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos..., *op. cit.*, 2012, p. 153)

Paulo José da Costa Júnior, sem citar nenhuma motivação penal, tão só à luz da dogmática, assevera que esta norma leva do nada a lugar nenhum. Na prática, ninguém consegue dizer qual o objetivo da norma. Trata-se de uma norma tão aberta que o conteúdo da proibição acaba por ser o que o intérprete quiser. Por tal razão, isso é vedado pela tipicidade.

Acreditamos que se deve punir penalmente a propaganda, porque o nosso subconsciente absorve mensagem subliminar. Alguns autores de Direito Penal Econômico apresentam, sobretudo nos EUA, pesquisas que traduzem algumas realidades mostrando os efeitos nocivos da propaganda.

A propaganda deve ser regulada, pois, mexe com o psíquico da coletividade. Entre punir e atropelar a dogmática penal, não se pode, a despeito da primeira, deixar a segunda colidir com as orientações basilares do Direito Penal. Demonstrar que o elemento normativo pode ser invocado, porém não é possível que não esteja ele vinculado a um elemento objetivo, do contrário não se dá a conhecer a matéria de proibição.

Outro alerta diz respeito à **norma penal em branco**, que se enquadra no conceito de elemento normativo, porém destacada deste conceito por conta do princípio da especialidade (*lex specialis legis generalis*). Trata-se de um elemento normativo, pois não se pode invocar a técnica da norma penal em branco sem se recorrer a uma interpretação, no mais das vezes, jurídica.

O complemento normativo pode ser cultural e jurídico, *v.g.*, no caso de crimes praticados por “funcionário público” – complemento jurídico, pois demanda uma interpretação do art. 327 do CP/40<sup>586</sup>; no caso dos crimes de ultraje público: “ato obsceno” do art. 233 do CP/40<sup>587</sup> – complemento cultural, pois demanda interpretação de fatores sociais. Questiona-se: o que é mulher honesta?<sup>588</sup> Juízo de valor cultural. A norma penal em branco é uma espécie de elemento normativo, porque no elemento normativo pode ser feita tanto a valoração jurídica como a cultural. Quando se faz apenas valoração cultural não há norma penal em branco, ou seja, a norma penal em branco só admite, enquanto elemento normativo, valorações jurídicas.

---

<sup>586</sup> Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública [...]

<sup>587</sup> Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público [...].

<sup>588</sup> Tal expressão odiosa, por ser de absoluto cunho discriminatório, foi riscada da legislação penal brasileira com a vigência da Lei 12.015/09.

A norma penal em branco é definida por Binding como “corpo errante que busca sua alma”. Ele está dizendo algo que tende a se confundir com a lei, mas a estrutura de sua teoria diferencia a lei que ele vinculou ao *tatbestand*<sup>589</sup>, e que por isso também poderia ser chamada de crime. Fazendo um paralelo com o que dizia Kelsen, e com os dias atuais, conclui-se que a lei tinha preceito primário e secundário. A norma não era identificada com a lei, mas baseada no que Hegel dizia ser um imperativo<sup>590</sup>, isto é, a norma era paradigma extraído da lei como um comando de conduta.

Binding, quando criou a sistemática da norma penal em branco, jamais mencionou tal denominação. Ser a norma penal em branco um “corpo errante em busca de sua alma” está certo enquanto norma, mas enquanto lei, não. A norma penal em branco não pode interferir no conhecimento da proibição, *v.g.*, na Lei 11.343/06, denominada antitóxicos ou antidrogas, o tráfico é tido como algo proibido; ainda que não se saiba o que é droga para efeitos de tal lei, compreende-se facilmente que o taxativo<sup>591</sup> é um crime e fica delimitada a proibição.

O complemento da lei (e não da norma) não atinge o complemento nuclear e seu predicado como um todo. O complemento da lei não será comprometedor ao conhecimento nuclear (em termos do núcleo do tipo penal, o verbo delimitará uma conduta conhecida) e somente o acessório, e não o principal, pode ser objeto da norma penal em branco, ou seja, o verbo que é delimitador da proibição não demanda complemento, pois o que em verdade admite tal complemento é o acessório do tipo penal.

Cláudio Brandão assim orienta:

Na norma penal em branco a lei penal descreve o núcleo da conduta proibida, já que a dita lei sempre traz na sua descrição abstrata o verbo, o qual indica o comportamento que é vetado pelo Direito Penal sob ameaça de uma pena. Todavia,

<sup>589</sup> Descrição do suposto fático que é o próprio crime, todos os elementos e as consequências do Direito.

<sup>590</sup> ALONSO, Esteban Juan Pérez. Las revoluciones científicas Del derecho penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. *In*: Gonzalo Quintero Olivares. Fermín Morales Prats (Coord.). **El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz**. Elcano [Navarra]: Aranzadi, 2001, p. 595.

<sup>591</sup> Apenas para lançar luzes a esta questão, veja-se como pensa ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal. Parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 109, quanto à constitucionalidade da norma penal em branco ante a legalidade formal, a analogia e a retroatividade: “*La ley penal en blanco siempre fue sospechosa de lesividad al principio de legalidad formal y, además, abrió la puerta a la analogía y a la aplicación retroactiva, por motivos con los que bastaría para considerarla inconstitucional. Si a ello se agrega que configura hoy una clara vía de delegación de la potestade punitiva por parte del poder legislativo, y que quiebra la cláusula de ‘ultima ratio’, parece haber poco que discutir a su respecto. No neutraliza la inconstitucionalidade de las leyes penales en blanco el argumento de las materias inestables que la requieren, aduciendo que los rápidos cambios no podrían ser seguidos por el legislador penal, pues no hay materia que requiera cambios tan rápidos y que sea seriamente necesitada de previsión punitiva; por otra parte, ésa es precisamente la función irrenunciable del legislador*”.

o complemento do verbo, sempre necessário para a individualização da conduta incriminada, é feito por outra norma jurídica<sup>592</sup>.

Quando o que é complementado por outra norma é a própria substância da matéria de proibição e não o que é acessório, foge-se à técnica da norma penal em branco. Binding lecionava que o complemento por outra norma reside na esfera do imperativo, não na esfera da descrição, que seria o *tatbestand*. É necessário que se compreenda o núcleo independentemente da norma. O exemplo do tráfico de substância é muito feliz, pois é possível até não saber quais as drogas que estão no rol das substâncias, mas se sabe seguramente que seu uso constitui crime. Trata-se de matéria indiscutivelmente acessória, portanto, em consonância com a norma penal em branco, que só admite a complementaridade da parte acessória e não da parte nuclear.

Outra questão que se impõe diz respeito à possibilidade de uma norma que não seja legal realizar esta complementação. Essa questão é posta em razão de que se tem a ideia de que a norma penal em branco, em tal concepção, só pode complementar o acessório e não o nuclear. O próprio costume, como no caso do ato obsceno, pode complementar a interpretação do tipo, ou mesmo outra norma jurídica, como no caso de uma portaria.

Mas, neste caso, para não ferir o princípio da legalidade é preciso um limite. Qual seria este limite? Não se pode fazer da norma penal em branco a ação nuclear do tipo penal. Há de se perguntar o porquê de a norma penal em branco heterogênea violar o princípio da legalidade, uma vez que, em muitos casos, o Direito Penal em branco extrapola o que a dogmática estabelece como limite. No caso do art. 1º da Lei 8.137/90<sup>593</sup>, questiona-se o que é tributo, o que demanda complemento, sendo um típico caso de norma penal em branco heterogênea. É preciso buscar o complemento no CTN, e este é uma lei complementar; porém neste dispositivo há a individualização da conduta, logo o elemento nuclear não é comprometido com a norma penal em branco e, por consequência, não há vício.

---

<sup>592</sup> BRANDÃO, Cláudio. A lei penal no tempo e no espaço. *In*: Ivan Luiz da Silva; Teodomiro Noronha Cardozo; Gamil Föppel. **Ciências criminais no século XXI**: estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2007, p. 117.

<sup>593</sup> BRASIL. Lei ordinária Federal 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm)>. Acesso em: 4 de junho de 2012.

Qual o fundamento para se fazer a abertura do tipo com a técnica dos **elementos normativos jurídicos** e a **norma penal em branco**?<sup>594</sup> O fundamento é a ideia de sociedade de risco<sup>595</sup>. O fundamento está na própria confirmação da sociedade atual, que muito se distancia da conformação da sociedade década de 40. Desvincular o Direito da sua própria sociedade é fazer com que a norma não tenha o condão de atingir o que ela pretende. Desvincular o Direito da conformação da sociedade é afastar o *delicta em se* e se aproximar do *delicta mere prohibita*<sup>596</sup>.

Dito pelos melhores professores, o que melhor explica a sociedade atual em face da sociedade liberal com outra formação dogmática é a construção da norma em função do que se vive. Logo, o que se faz é criar “meras proibições” e não “delitos em si”<sup>597</sup>. Essa dicotomia atormentou os penalistas durante séculos e continua a atormentá-los.

O que está na base da sociedade hoje não é o que estava na base da sociedade de 1940. A não limitação de fronteiras, a facilidade nas comunicações e muitas outras alterações, tudo isso levou ao risco. Este se encontra na base do Direito Penal Econômico, conduzindo a duas aberturas possíveis, como já fora tratado: **elementos normativos jurídicos** e **norma penal em branco**.

<sup>594</sup> A rigor, a abertura do tipo é feita apenas pela construção dos elementos normativos jurídicos, pois a norma penal em branco é uma espécie de elemento normativo.

<sup>595</sup> A ideia de sociedade de risco foi criada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986, quando publicou a obra **La sociedade del riesgo** (BECK, Ulrich. **La sociedade de riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. castellano de Daniel Jiménez, Jorge Navarro e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998) e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p. 32.

<sup>596</sup> Enfrentando o tema (*Delicta em se e delicta mere prohibita*) SILVA DIAS em seu magistério preleciona: “a qualidade criminosa só é alcançada uma vez testados os bens ofendidos e as normas violadas à luz do reconhecimento recíproco. [...] Fora deste quadro estão os ‘delicta mere prohibita’ [...] A generalidade dos ‘delicta mere prohibita’, assim caracterizáveis por não corresponderem ao não serem compreensíveis segundo os termos de validade jurídico-penal, não configura um ilícito culposo merecedor de pena” (DIAS, Augusto Silva. **Delicta em se e delicta mere prohibita**. Coimbra: Coimbra. 2008, p. 757).

<sup>597</sup> Esmiuçando a problemática ensina BRANDÃO: “Os exemplos de delitos de mera proibição, sem o substrato desvalorativo de possibilitar o conhecimento da norma proibitiva, infelizmente não são raros no ordenamento jurídico brasileiro. Tomemos um exemplo concreto, extraído do código de telecomunicações, Lei nº 4.117/62, com alteração do Decreto-lei 136/67: ‘constitui crime punível com pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.’ Não é rara a instalação de rádios difusoras em localidades do interior do Brasil, muitas vezes sob o abrigo e com autorização do poder municipal correspondente, sem, todavia, a obtenção de suplementar autorização de delegacia do Ministério das Telecomunicações. Aliás, ressalte-se que dita autorização ministerial normalmente não é pedida porque a própria autoridade municipal desconhece a sua necessidade. Em face do erro de proibição direto, pelo desconhecimento da norma proibitiva oriunda deste tipo penal – que não tem substrato desvalorativo perceptível sequer pelos próprios agentes públicos – há exemplos de promoções do Ministério público no sentido de não propor a ação penal correspondente, por se reconhecer *ipso oculi* o referenciado erro de proibição direto”. (BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos...**, *op. cit.*, 2012, p. 174-175).

### 2.2.3 Aspectos históricos e jusfilosóficos da lei 8.137/90

Chega-se agora no ponto derradeiro quanto à dogmática penal e seus aspectos históricos e jusfilosóficos, e para fins deste trabalho convém dividi-la em dogmática penal clássica, dogmática penal econômica e tutela penal da Lei 8.137/90. Apesar de, em linhas pretéritas, já se ter pontuado no sentido de demonstrar que não há autonomia do Direito Penal Econômico quanto ao Direito Penal Clássico, explicita-se que somos signatários da ideia de que a lei que trata dos crimes da relação de consumo faz parte da especialidade Direito Penal Econômico. Enfim, atinge-se o ponto de simetria entre elas, como se houvesse um organograma de cuja taxonomia constasse o Direito Penal Clássico como gênero, o Direito Penal Econômico como espécie e a tutela da Lei 8.137/90 como subespécie. Cumpre apresentar como surge a referida lei e os “porquês” dela.

#### 2.2.3.1 Metodologia legislativa

Na gênese da Lei 8.137/90 encontram-se as Medidas Provisórias 153 e 156, que tratam, respectivamente, de “crimes de abuso do poder econômico” e “crimes contra a Fazenda Pública, estabelecendo penalidades aplicáveis a contribuintes, servidores fazendários e terceiros que os pratiquem”<sup>598</sup>. Contra tais Medidas Provisórias foi ajuizada ação direta de constitucionalidade pela Procuradoria-Geral da República. Posteriormente, o Projeto de Lei 4.788-A, de 1990, através da Mensagem 340/90, encaminhada ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, deu origem à lei<sup>599</sup>.

A arguta expressão de Zaffaroni, “alienação técnica do político”<sup>600</sup>, evidencia mais um exemplo da falta de técnica na produção legislativa brasileira ao tramitar paralelamente a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que também trata de crimes contra as relações de consumo, em absoluta assimetria com a Lei 8.137/90<sup>601</sup>.

---

<sup>598</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 83.

<sup>599</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 82.

<sup>600</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno...**, *op. cit.*, 2005, p. 87, para expressar quando o político elabora um discurso a que falta articulação técnica (o que não é mais que um defeito passageiro, no momento de um discurso), senão quando o político elabora um discurso que abusa da técnica (um defeito irremediável).

<sup>601</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 83.

Neste panorama legislativo é que em 27 de dezembro de 1990 foi promulgada a Lei 8.137/90, passando a vigor no dia 28 de dezembro, em razão de sua publicação. Por força do seu art. 118, tem um prazo de *vacatio legis* de 180 dias. Nesse intervalo entra em vigência o Código de Defesa do Consumidor (publicado em 11 de setembro de 1990 e vigendo desde março de 1991), causando conflito entre os diplomas jurídicos e exigindo a atuação dos operadores do Direito para harmonizá-lo. Entretanto, perdeu-se muito quanto à sistematização, à interpretação e à aplicação<sup>602</sup>.

Em observância da harmonização proposta nesta etapa é que se traz a lume qual o bem jurídico que o diploma legal visa proteger a partir da definição de seus crimes: (1) crimes contra a ordem tributária e (2) crimes contra a economia e as relações de consumo, respectivamente, Capítulos I e II. Como o foco deste trabalho é o art. 7º, II, ‘primeira parte’, envidar-se-ão esforços neste sentido, sem perder de vista eventuais passagens que se fizerem necessárias, por outros dispositivos deste diploma legal.

O legislador constituinte, quando da criação da citada lei, deixou evidente sua preocupação em proteger o bem jurídico: “relação de consumo”, ao impor ao Estado o dever de “promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, conforme se abstrai do art. 5º, XXVII”, e inseriu em sua carga principiológica a ordem econômica, no art. 170, V, ambos da Constituição Federal brasileira. Para além disso, determinou em sede de ADCT, no art. 48, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor<sup>603</sup>.

Alçando, a defesa do consumidor, à categoria de direitos fundamentais de terceira geração, o legislador reconhece de forma inequívoca a proteção das relações consumeristas diante da sociedade contemporânea<sup>604</sup>. Constata-se que ao proteger a relação de consumo está protegendo direta e logicamente o consumidor; para tanto, é legítima a tutela penal, como *ultima ratio*<sup>605</sup>, visando atingir o desiderato constitucional, muito embora, diferentemente do Direito ambiental (igualmente classificado como direito fundamental de terceira geração), que fez constar na própria Constituição de 5 de outubro de 1988 a previsão de criminalização (art. 225, § 3º)<sup>606</sup>.

---

<sup>602</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 84, e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 148-149.

<sup>603</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 123 e 147-148.

<sup>604</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 88.

<sup>605</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 124.

<sup>606</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 123.

A aplicação da tutela penal com o fim de proteger o bem jurídico em apreço é polêmica tanto na doutrina quanto na jurisprudência<sup>607</sup>. Pedro Ivo de Andrade<sup>608</sup>, signatário da proteção do bem jurídico por tutela penal, assevera, com base em F. C. Palazzo, que existe cláusula implícita e explícita de penalização<sup>609</sup> e que as normas da Constituição Federal que tratam da defesa do consumidor podem ser consideradas como “sugestões criminalizadoras”<sup>610</sup>. Acrescenta ainda que se trata de direitos constitucionais fundamentais do cidadão e que o critério axiológico são os princípios constitucionais norteadores para a escolha da proteção dos bens jurídicos, constituindo a defesa do consumidor um direito constitucional desta natureza legítima à proteção por tutela penal<sup>611</sup>.

---

<sup>607</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 80, e ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes contra as relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 90-91.

<sup>608</sup> ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes...**, *op. cit.*, 2008, p. 88-89.

<sup>609</sup> ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes...**, *op. cit.*, 2008, p. 88.

<sup>610</sup> Luiz Luisi *apud* ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes...**, *op. cit.*, 2008, p. 89.

<sup>611</sup> ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes...**, *op. cit.*, 2008, p. 89-90.

### PARTE III

## ASPECTOS DA TUTELA PENAL DE CONSUMO NA LEI 8.137/90

### CAPÍTULO 3 – TUTELA PENAL DA LEI 8.137/90

“Crescer é reconhecer limites e eticamente ultrapassá-los”.

Lúcio Izidro.

#### 3.1 Abertura do tipo penal como mecanismo de compatibilidade do Direito Penal Econômico

No tópico 2.2, intitulado “**Panorama histórico e jusfilosófico da dogmática penal econômica**”, foram apresentadas, ainda que de forma rápida, as bases históricas e jusfilosóficas da supracitada lei. O presente capítulo tem como desiderato estudar os aspectos dogmáticos, de forma especial, a classificação do tipo penal – art. 7º, inciso II, abordando-se de forma ampla os aspectos dogmáticos da lei.

Considerando que a Constituição Federal tem como postulado o Estado Democrático e Social de Direito; considerando também que é função do Direito Penal a proteção de bens jurídicos indispensáveis para o indivíduo e toda a coletividade<sup>612</sup>; e, por último, considerando que no Estado Democrático e Social de Direito não é possível a leniência no tratamento dos bens jurídicos<sup>613</sup>, deve-se obrigatoriamente tratar qual bem jurídico a Lei 8.137/90 – de forma específica no art. 7º, inciso II – protege.

Desde a perspectiva de Bustos Ramirez, os bens jurídicos não podem entender-se senão em conexão com um sistema social determinado. O Direito Penal é o Direito

---

<sup>612</sup> CERREZO MIR, Jose. **Curso...**, *op. cit.*, 1993, p. 13.

<sup>613</sup> CERVINI, Raúl. Derecho penal económico – concepto y bien jurídico. *In*: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (org.). **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 247 *et seq.*, e PRADO. Luiz Regis. **Bem Jurídico e Constituição**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

coercitivo desse sistema social e protege relações sociais concretas dentro desse sistema social, que não é outro que o do Estado Social e Democrático de Direito<sup>614</sup>.

Como já fora ensaiado, o problema é considerar, diante desta específica tutela, qual o bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal. O fato é que este ramo do Direito não pode prescindir da noção de bem jurídico e traz consigo um ponto nevrálgico, pois diante de uma tradição liberal de estado individualista, como ter espaço para novos bens jurídicos de natureza coletiva, fruto do desenvolvimento de uma sociedade de risco pós-industrial?<sup>615</sup>

Renato de Melo Jorge Silveira em seu magistério diz que se está diante de um estágio intermediário, ou seja, nem se está diante de um bem jurídico de pessoas individualizadas, e tampouco de coletividade de indivíduos, mas sim de uma situação intermediária, tutelando bens de uma coletividade indefinida, porém com um nexos individual<sup>616</sup>.

Visando apresentar solução para o estrangulamento entre o tradicional e o contemporâneo Direito Penal, Silveira<sup>617</sup> apresenta algumas possíveis soluções. Inicialmente, fala em adoção de **bens jurídicos transindividuais** em **crimes de perigo abstrato**. Pondera que o tradicional se posiciona como *ultima ratio*, pois, com efeito, o Direito Penal tem nítido caráter subsidiário, sendo, portanto, *ad absurdum* a expansão desenfreada deste ramo do Direito, na linha do que defende Jesús-María Silva Sánchez<sup>618</sup>.

De forma mais específica, três são as soluções vislumbradas pelo jurista: (1) aplicação das formulas penais; (2) responsabilidade penal das pessoas jurídicas e (3) Direito de intervenção.

A primeira solução diz respeito à formulação penal a novos bens jurídicos a serem protegidos, expandindo de forma perigosa a tutela penal a ponto de transformá-la em *prima ratio* aos problemas sociais, subvertendo o clássico entendimento penal no que diz respeito ao princípio da subsidiariedade. O movimento que se opõe a tal expansão apresenta como

<sup>614</sup> CERVINI, Raúl. Derecho penal económico – concepto y bien jurídico. In: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (Org.). **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 247 *et seq.* Tradução livre do trecho: “Desde esta perspectiva de Bustos Ramirez, los bienes jurídicos no pueden entenderse sino em conexión com um sistema social determinado. El derecho Penal es el Derecho coercitivo de esse sistema social y protege relaciones sociales concretas dentro de esse sistema social, que no es outro que el del Estado Social y Democrático de Derecho”.

<sup>615</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 9, n. 33, jan./mar. 2001, p. 44 e 55.

<sup>616</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 137.

<sup>617</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 190.

<sup>618</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão...**, *op. cit.*, 2011, p. 33 *et seq.*

argumento o **Direito Penal mínimo** e a **imputação objetiva** como ponderadores do tipo de crime de perigo abstrato<sup>619</sup>.

Corcoy Bidasolo *apud* Renato Silveira, em sua defesa de cátedra à Universidade de Navarra, na Espanha, sustenta que os princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade, como exigências do **garantismo penal**, não servem adequadamente para solucionar os problemas inerentes à sociedade atual<sup>620</sup>.

No Brasil tal posição é sustentada por vozes reconhecidamente relevantes, *v.g.*, Ada Pellegrini Grinover<sup>621</sup> e Luiz Regis Prado<sup>622</sup>, porém ainda é posição minoritária, embora com franca possibilidade de expansão<sup>623</sup>.

Como referência da doutrina estrangeira há a opinião de Jorge de Figueiredo Dias, no sentido de que só o Direito Penal é capaz de neutralizar esses novos riscos. Arremata o mestre português que a sociedade não pode prescindir de uma proteção mais radical contra lesões a bens jurídicos, logo há necessidade da evolução do Direito Penal<sup>624</sup>.

Quanto à segunda solução, diz respeito ao abandono da máxima canônica *societas delinquere non potest* em razão de uma exigência da sociedade pós-industrial (sociedade pós-moderna). Como o Direito deve proteger bens jurídicos, fruto de valores sociais, é razoável que a atual realidade social exija esse giro conceitual. Ensina Paulo Nader que “semelhante ao trabalho de um sismógrafo, que acusa as vibrações havidas no solo, o legislador deve estar sensível às mudanças sociais, registrando, nas leis e nos códigos, o novo direito”<sup>625</sup>.

Traz-se para este debate o brocardo romano “*Ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi ius, ergo, ubi homo, ibi ius*”<sup>626</sup>, ou seja, “onde há o homem, aí há sociedade, onde há a sociedade, aí há o Direito, logo, onde há o homem, aí há o Direito”. Exercitando o silogismo, tem-se: onde há homem, aí há o valor (cultura), logo onde há valor (cultura), aí há o Direito. Ocorre que os valores (cultura) mudam, e com eles muda (ou deve mudar) o Direito, na medida das novas exigências sociais.

<sup>619</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito...**, *op. cit.*, 2003, p. 190-191.

<sup>620</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 370 *et seq.*

<sup>621</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A problemática dos interesses difusos. A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 36 *et seq.*

<sup>622</sup> PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 33 *et seq.*

<sup>623</sup> Cf. SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 115.

<sup>624</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **O direito...**, *op. cit.*, 2001, *passim*.

<sup>625</sup> NADER, Paulo. **Introdução...**, *op. cit.*, 1991, p. 30.

<sup>626</sup> NADER, Paulo. **Introdução...**, *op. cit.*, 1991, p. 28.

A última solução, radical, cuja proposta vem de W. Hassemer, rompe com o Direito Penal, apresentando a descriminalização de condutas, colocando os demais ramos do Direito como protagonistas, a exercerem a tutela, de maneira excepcional<sup>627</sup>.

A Escola de Frankfurt nesta linha de solução propõe um Direito sancionador não penal, precisando definir os princípios asseguradores das garantias essenciais como limites, ou, dito de outra forma, ordenando o conjunto normativo intervencionista<sup>628</sup>.

Outra solução apresentada deriva de Jesús-María Silva Sánchez, que propõe o Direito Penal de velocidades e se contrapõe ao Direito de intervenção e à Escola de Frankfurt. Apresenta como argumento que o controle dos riscos em uma sociedade pós-industrial exige um Direito Penal com grande poder de intervenção e regulação, que se caracteriza pela pena privativa de liberdade, e que cabe exclusivamente ao Direito Penal<sup>629</sup>.

Sua proposta, resumidamente, é criar duas velocidades para a tutela penal<sup>630</sup>. A primeira velocidade iria manter as linhas do Direito Penal clássico e se aplicaria aos crimes com sanção de privação da liberdade. A segunda velocidade diria respeito aos crimes cuja pena não fosse a privação da liberdade, em que onde se justificaria a flexibilização do Direito Penal, podendo o Direito Penal Econômico lançar mão de técnicas (como crimes de perigo abstrato etc.) para atender às novas exigências<sup>631</sup>.

Feitas tais considerações, agora passamos a verificar quais os elementos dogmáticos que constam no dispositivo em estudo. A conduta prevista no art. 7º, inciso II, consiste em “vender ou expor à venda **mercadoria** cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou

<sup>627</sup> HASSEMER, Winfred; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en el derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 41 *et seq.*

<sup>628</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?**. *RBCrim* n. 28, 1999, p. 125.

<sup>629</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão...**, *op. cit.*, 2011, p. 188-189.

<sup>630</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão...**, *op. cit.*, 2011, p. 191: “O autor fala em Direito Penal de terceira velocidade para tratar do denominado Direito Penal do inimigo”.

<sup>631</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão...**, *op. cit.*, 2011, p. 192, *in verbis*: “Em conclusão, pode-se afirmar que certamente existe, como mencionado no princípio, um espaço de expansão razoável do Direito Penal. O Espaço razoável do Direito Penal da pena de prisão é dado pela existência de condutas que, por si sós, lesionam ou põem em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo a propósito de bens supraindividuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito concreto. Nesse âmbito, ademais, a razoabilidade da expansão requereria plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia. Paralelamente a isso, pode-se admitir *resignadamente* a expansão – já produzida – do Direito Penal até os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais (e inclusive supraindividuais, desde que concebidos com um mínimo rigor). Mas a admissão da *razoabilidade* dessa segunda expansão, que aparece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão”.

composição esteja em **desacordo com as prescrições legais**, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial”.

De forma bastante didática explorar-se-á, mesmo que rapidamente, cada elemento dogmático, porém aprofundando o estudo quanto à **norma penal em branco**, uma vez que é a parte significante para este trabalho.

Segue a breve definição de cada partícula do tipo penal:

- 1) **Vender** é o mesmo que comercializar, fornecer, negociar, alienar onerosamente;
- 2) **Expôr à venda** consiste em pôr à vista, mostrar, apresentar, oferecer, exhibir à venda;
- 3) **Mercadoria** é um **elemento normativo extrajurídico**. É todo “produto que se compra ou que se vende. É, portanto, tudo que se produz para troca e não para uso ou consumo do produtor”<sup>632</sup>. Luiz Regis Prado adverte que não se confunda **mercadoria** com **produto**, pois o segundo tem definição própria no art. 3º, § 1º, do CDC, uma vez que o primeiro não contempla **imóveis**, ao contrário do segundo, que abrange **bens móveis e imóveis, materiais e imateriais**<sup>633</sup>;
- 4) **Embalagem** constitui invólucro, recipiente ou qualquer forma de acondicionamento, removível ou não, destinado a cobrir, empacotar, envasar, proteger ou manter, especificamente ou não, as mercadorias<sup>634</sup>;
- 5) **Tipo** significa “a espécie, ou o exemplar de qualquer coisa que, estabelecido ou instituído dentro de uma regular **padronização**, serve de **modelo** para classificar as coisas da mesma natureza, consoante **padrão adotado**”<sup>635</sup>. Dito de outra forma, o termo **tipo** estabelece a qualidade, o formato, bem como outras condições para classificar determinada mercadoria<sup>636</sup>;
- 6) **Especificação** é “o ato de distinguir as espécies das coisas ou subdividi-las do gênero, isto é, a **demonstração, individualização das coisas por suas espécies**”<sup>637</sup>;
- 7) **Peso** refere-se à quantidade (*e.g.*: quilos, gramas, toneladas) da mercadoria<sup>638</sup>;

<sup>632</sup> SANDRONI P. **Novíssimo dicionário de economia**. 11. ed. São Paulo: Best Seller, 2002, p. 383; No mesmo sentido, SELDON, Arthur; PENNANCE, F. G. **Dicionário de economia**. Trad. Nelson Vincenzi. São Paulo: Bloch, 1969, p. 361-362, v. II.

<sup>633</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

<sup>634</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico: ordem econômica...**, *op. cit.*, 2011, p. 139.

<sup>635</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 37, v. II.

<sup>636</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 140.

<sup>637</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário...**, *op. cit.*, 1982, p. 196, v. II.

<sup>638</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 140.

- 8) **Composição** consiste nas substâncias ou elementos que integram uma mercadoria<sup>639</sup>;
- 9) **Em desacordo com as prescrições legais ou que não corresponda à respectiva classificação oficial**, trata-se de norma penal em branco de dupla complementação (venda e expor à venda).

### 3.1.1 Norma penal em branco como forma de abertura do tipo penal face ao art. 7º, II, primeira parte da lei 8.137/90

Nos capítulos anteriores, buscou-se demonstrar em qual contexto histórico e jusfilosófico se insere a norma penal em branco. Apenas para possibilitar a trama (trança ou tessitura) deste trabalho é que serão rememorados alguns pontos importantes: (1) o objetivo de Binding na criação deste instituto jurídico foi suprir a deficiência apresentada pelo Código Penal da Prússia (1872), pois este possuía conceitos bastante amplos que feriam o princípio da taxatividade; (2) Binding não denominou o instituto como é conhecido pela doutrina atual; dizia tratar-se de “um corpo errante em busca de uma alma”; (3) já se falou que a técnica da norma penal em branco afasta o vício da inconstitucionalidade, embora vozes prestigiadas comunguem de opinião diversa; (4) a norma penal em branco é algo inerente à **norma** e não à *lei*, pois Binding, nos seus ensinamentos, tornava clara tal distinção. Mesmo assim há uma tendência a se confundir o dito instituto com a *lei*; (5) a norma penal em branco não pode interferir na matéria de proibição, apenas nas matérias “acessórias”, ou seja, complementares, que não desvirtuem a *potestad* do Poder Legislativo; e (6) o fundamento da “sociedade de risco” justifica o uso da técnica da norma penal em branco, advertindo-se apenas para que não haja abuso.

Enfim, foram essas as considerações históricas e jusfilosóficas quanto à norma penal em branco. Trazem-se agora, por necessárias, a definição e a classificação da doutrina hodierna. A justificativa para esta preocupação advém da utilização significativa das normas penais em branco pelo Direito Penal Econômico, o que levou Klaus Tiedemann a afirmar que essa ramificação do Direito é basicamente formada por tipos penais abertos, ou tipos penais em branco:

---

<sup>639</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 140.

No âmbito da tipicidade é característico do Direito penal econômico o uso de normas penais em branco, é dizer, normas “abertas” total ou parcialmente que remetem, para ser completadas, às normas com traço inferior a lei (normas penais em branco em sentido estrito) ou a outras leis (normas penais em branco em sentido amplo)<sup>640</sup>.

Hodiernamente, a **norma penal em branco** é definida como sendo de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessita ser complementada por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal<sup>641</sup>. Luiz Regis Prado observa, ao tratar da norma penal em branco, que esta tem o comportamento proibido apenas enunciado ou indicado, sendo a parte integradora elemento indispensável à conformação da tipicidade<sup>642</sup>. Cláudio Brandão ensina que “a norma penal em branco é a lei penal que, para ter a individualização da conduta proibida, precisa ser completada por outra norma”<sup>643</sup>.

Paulo José da Costa Júnior afirma que as normas penais podem ser **perfeitas** e **imperfeitas**. As ditas imperfeitas são conhecidas como normas penais em branco, mas valendo-se da denominação de Binding (corpos errantes em busca de uma alma), pondera que as normas penais em branco não são **imperfeitas** ou **incompletas**, apenas lhes falta concreção e atualidade. Arremata dizendo que não se trata de uma sanção cominada à inobservância de um preceito futuro, mas de um preceito genérico que irá concretizar-se com um elemento futuro que deverá, contudo, preceder ao fato que constitui crime<sup>644</sup>.

A doutrina classifica a norma penal em branco a partir da concepção da sua complementaridade, considerando de início qual fonte material serviu para que fosse encontrado o complemento da fonte formal incriminadora. Assim, têm-se duas espécies de normas penais em branco: (1) homogênea – cuja fonte material de complementaridade é a mesma que produziu a norma a ser completada<sup>645</sup> – e (2) heterogênea – na qual se busca a

<sup>640</sup> Cf. TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)**. Trad. Teresa Martín. Barcelona: PPU, 1993, p. 158. Tradução livre do trecho: “En el ámbito de la tipicidad es característico del Derecho penal económico el uso de normas penales en blanco, es decir, normas ‘abiertas’ total o parcialmente que se remiten para ser completadas y complementadas a normas con rango inferior a la ley (normas penales en blanco en sentido estricto) o a otras leyes (normas penas en blanco en sentido amplio)”.

<sup>641</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2007, p. 170.

<sup>642</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 43.

<sup>643</sup> BRANDÃO, Cláudio. A lei penal no tempo e no espaço. In: Ivan Luiz da Silva; Teodomiro Noronha Cardozo; Gamil Föppel. **Ciências...**, *op. cit.*, 2007, p. 117.

<sup>644</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito...**, *op. cit.*, 1999, p. 21.

<sup>645</sup> No caso das homogêneas, tem-se como exemplo o crime de bigamia, onde se busca a definição de casamento no Código Civil, sendo ambos (os Códigos Penal e Civil) da mesma fonte material ou de produção, conforme se depreende do art. 22, inciso I, da CRFB/88 [BRASIL. Constituição (1988). **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 4 de maio de 2012].

complementaridade em fonte material diversa daquela que produziu a norma penal em branco<sup>646</sup>.

### 3.1.2 Crime de perigo como forma de abertura do tipo penal face a tutela penal do art. 7º, inciso II da lei 8.137/90

Dando sequência à trama deste trabalho, procede-se a uma análise dogmática da técnica legislativa largamente utilizada para a construção dos delitos penais econômicos. Em boa parte deles, o legislador faz uso de normas criminais de realização vinculada, ou, dito de outra forma, lança mão dos delitos de perigo concreto e de perigo abstrato (especialmente)<sup>647</sup>.

Apresenta-se em seguida uma visão geral da classificação dos tipos penais nesta seara. A doutrina, de um modo geral, classifica em crimes de dano e de perigo, e este último se subdivide em **concreto** e **abstrato**. No primeiro caso, são crimes que efetivamente deixam resultado material, em que há lesão efetiva ao bem jurídico. No segundo caso, são crimes em que há probabilidade de lesão. Usa-se tal técnica em razão da importância do bem jurídico a ser protegido, já que em muitas situações não se controla o prejuízo que pode decorrer caso tal bem jurídico de proteção antecipada seja lesado, *v.g.*, aqueles bens jurídicos que protegem gerações futuras e incertas, crimes ambientais etc.

Paulo José da Costa Júnior, citando Arturo Rocco, ensina que a partir da noção de **necessidade** (*bisogno*) chegou à de **bem**. Depois, num exercício de silogismo, alcança a ideia de **utilidade**, pois esta demanda **necessidade** humana que deve ser satisfeita, logo **interesse**<sup>648</sup>.

O **interesse** tem natureza subjetiva, enquanto o **bem** é de natureza objetiva e sociológica (interesse nada mais é que o reflexo subjetivo do bem). Com base nas noções de

---

<sup>646</sup> Já no caso das heterogêneas, tem-se a fonte material diversa para norma e complemento, por exemplo: no caso do art. 7º, II, da Lei 8.137/90, quando diz que [...] *desacordo com as prescrições legais ou que não corresponda à respectiva classificação oficial*. Neste caso a “prescrição legal” e a “classificação oficial” são feitas por portarias do Governo (Poder Executivo), logo, as fontes materiais são diferentes, uma para o Direito Penal (Poder Legislativo Federal) outra para o completo (Poder Executivo).

<sup>647</sup> FAYET, Paulo. **Desafios institucionais em face da precariedade de políticas públicas envolvendo a criminalidade econômica contemporânea**. Santa Cruz do Sul: Dissertação de mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNICS, 2006, p. 22.

<sup>648</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito...**, *op. cit.*, 1999, p. 55.

bem e interesse é que se atinge o **objeto jurídico** e o **dano** (ou **perigo**), sendo o objeto jurídico da tutela normativo-penal o bem (ou interesse) ofendido (ou posto em perigo) <sup>649</sup>.

Dano, nesse diapasão, é a perda – privação, subtração, sacrifício – ou diminuição – limitação, restrição – de um bem ou interesse. Com efeito, e ainda conforme Costa Júnior, “dano é tudo aquilo que impede, total ou parcialmente, a satisfação das necessidades humanas. Como estas são mitigadas pelos bens, dano é tudo aquilo que implique a destruição ou diminuição de um bem” <sup>650</sup>.

Crime de dano não é igual a crime de perigo; referem-se ambos ao bem ou interesse jurídico protegido, sendo a diferenciação estabelecida pela relevância da agressão ao bem jurídico resultante da ação delituosa, seja ela causadora de uma lesão ou propulsora de exposição de perigo <sup>651</sup>.

Já foi dito de forma direta, assim como indireta, que o elemento perigo é de difícil definição, tanto que a doutrina de modo geral apresenta vários parâmetros na tentativa de chegar a um ponto comum, distante que se encontra ainda de um consenso <sup>652</sup>.

Nas pegadas doutrinárias de Paulo José da Costa Júnior, duas correntes conceituam perigo, uma de natureza subjetiva e outra objetiva. A primeira trata perigo como representação mental; já a segunda diz ser um dado da realidade. As duas correntes hodiernamente estão fundidas, pois o perigo é um *mix* de subjetividade e objetividade, porquanto há um juízo probabilístico de superveniência do dano, com base naquilo que costuma acontecer <sup>653</sup>.

Ângelo Roberto Ilha da Silva responde a algumas indagações para chegar à definição de perigo: (1) Trata-se de uma abstração ou de algo objetivamente concreto? (2) É possível estabelecer sua noção somente a partir de uma delimitação negativa? (3) É um conceito normativo ou ontológico? (4) Quais as teorias que se propõem a defini-lo? <sup>654</sup>

Quanto à primeira indagação, traz o reforço de Manzini, que afirma ser o perigo sempre uma abstração, sendo assim imprópria; logo, na visão deste autor, reside a diferença

<sup>649</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito...**, *op. cit.*, 1999, p. 55.

<sup>650</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito...**, *op. cit.*, 1999, p. 55.

<sup>651</sup> Cf. PATALANO, Vincenzo. **Significato e limiti de pericolo**. Napoli: Eugenio Joveni, 1975, p. 21.

<sup>652</sup> Por todos, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p. 116.

<sup>653</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito...**, *op. cit.*, 1999, p. 56. No mesmo sentido, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p. 113.

<sup>654</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 51

entre perigo concreto e abstrato<sup>655</sup>. Antolisei, acompanhado por David Baigún, responde diversamente à indagação; para ele perigo é sempre concreto, por se tratar de “uma probabilidade de um evento concreto”<sup>656</sup>. Baigún argumenta ser o perigo sempre concreto, não em sentido “sensorial”, mas num sentido “mental”<sup>657</sup>. Nuvolone, tratando do “perigo presumido”, diz que “nada mais é senão o perigo concreto, assim considerado pelo legislador. A *ratio* não muda”<sup>658</sup>. Dando continuidade à balburdia doutrinária, Zaffaroni entende que “todos os perigos são ‘concretos’ e todos os perigos são ‘abstratos’, segundo o ponto de vista que se adote: *ex ante* são todos concretos, *ex post* são todos abstratos”<sup>659</sup>.

Para a resposta à segunda indagação, busca-se o socorro de Rui Carlos Pereira, segundo o qual “não haverá perigo nas situações em que a verificação do evento seja certa ou, pelo contrário, impossível. E tampouco existirá quando a possibilidade (ou probabilidade) respeitar a um evento não danoso”<sup>660</sup>.

Quanto à terceira indagação, a divergência continua instalada, agora sob uma perspectiva da ontologia ou da normatividade do perigo. Assim, Giuseppe Bettiol assevera que em se tratando de dano potencial e não efetivo, o conceito é normativo, uma vez que a realização de um evento é baseada em **prognósticos**<sup>661</sup>. Faria Costa é signatário do conceito normativo, mas pondera: “não deixa de ter raízes na dimensão onto-antropológica que a relação de cuidado-de-perigo solidifica”<sup>662</sup>.

Rui Carlos Pereira é seguidor de um conceito ontológico e dispõe sobre este, “a par de uma nomológica – referida ao conhecimento das leis de causalidade”<sup>663</sup>.

Finalmente, respondendo à última indagação, levam-se em conta as teorias que conceituam o perigo, e que, segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva, são três<sup>664</sup>: (1) subjetiva, (2) objetiva e (3) intermediária<sup>665</sup>.

<sup>655</sup> MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale italiano**. Torino: UTET, 1950, p. 595, v. I.

<sup>656</sup> ANTOLISEI, Francesco. **L'azione e l'evento nel reato**. Milano: Giuffrè, 1994, p. 143.

<sup>657</sup> BAIUBÚN, David. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. Buenos Aires: Delpama, 1967, p. 35 *et seq.*

<sup>658</sup> NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. Trad. Ada Pellegrini Grinover; notas René Ariel Dotti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 253.

<sup>659</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. **Tratado de derecho penal...**, *op. cit.*, 1981, p. 259.

<sup>660</sup> PEREIRA, Rui Carlos. **O dolo de perigo**. Lisboa: Lex, 1995, p. 20.

<sup>661</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale...**, *op. cit.*, 1986, p. 348 e 349.

<sup>662</sup> COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo...**, *op. cit.*, 1992, p. 563-564.

<sup>663</sup> PEREIRA, Rui Carlos, **O dolo...**, *op. cit.*, 1995, p. 35.

<sup>664</sup> Como ressaltado em parágrafos anteriores, Paulo José da Costa Junior apenas conhece duas teorias.

<sup>665</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 53.

A primeira, considerada a precursora<sup>666</sup>, tem os seguintes expoentes e principais formuladores<sup>667</sup>: Janka, Von Buri e Finger. Para essa teoria o perigo é um mero *ens imaginationis*<sup>668</sup> ou, na denominação de Hälschner, “filho da nossa ignorância”<sup>669</sup>.

A teoria objetiva tem nas figuras de Von Kries, Binding, Von Liszt, Merkel, Hälschner, na Alemanha, Florian, Janinitti di Guyanaga, Maggiore, Carnelutti, Ranieri, na Itália, e entre nós, Madureira de Pinto, o contraponto à teoria subjetiva<sup>670</sup>.

A terceira teoria, dita intermediária, tem na figura de Oppenheim um defensor. Tida como conciliadora das duas correntes anteriores, diz ser o perigo ao mesmo tempo objetivo e subjetivo. É também, como já visto, a posição de Paulo José da Costa Júnior e de Ângelo Roberto da Ilha Silva<sup>671</sup>.

Apresentadas as bases da controvérsia e cientes de que nos delitos penais econômicos o legislador faz uso de normas criminais de realização vinculada, ou seja, lança mão dos delitos de perigo concreto e perigo abstrato (especialmente)<sup>672</sup>, impende defini-los, não sem antes apresentar a definição do gênero, cujas espécies se seguem.

Walter Coelho propõe a seguinte definição para crime de perigo: “é aquele que, sem destruir ou diminuir o bem-interesse penalmente protegido, representa, todavia, uma ponderável ameaça ou turbação à existência ou segurança de ditos bens ou interesses, com relevante probabilidade de dano”<sup>673</sup>.

Paulo José da Costa Júnior traz a seguinte definição e exemplo: perigo é a fusão do conceito de dano e probabilidade. Ou seja, perigo é a probabilidade de dano. Traçando-se um silogismo, em que a premissa maior é aquilo que vislumbra acontecer (conhecimento nomológico) e a premissa menor é o fato concreto (conhecimento ontológico), *v.g.*, um disparo de arma de fogo em região letal costuma matar – nomológico –, Tício disparou contra o coração de Kélvio – ontológico, logo Tício provavelmente matará Kélvio<sup>674</sup>.

<sup>666</sup> PINHO, Demosthenes Madureira de. **O valor do perigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939, p. 22.

<sup>667</sup> JIMENÉZ DE ASUA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada, 1951, p. 393.

<sup>668</sup> Por todos, BAIUBÚN, David. **Los delitos...**, *op. cit.*, 1967, p. 16.

<sup>669</sup> Por todos, PEREIRA, Rui Carlos, **O dolo...**, *op. cit.*, 1995, p. 20.

<sup>670</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 53.

<sup>671</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 53-54.

<sup>672</sup> São “possuidores de um pré-campo mais amplo, no qual basta a potencialidade de um resultado mais gravoso para o bem jurídico, que não chega sequer a sofrer um perigo abstrato”.

<sup>673</sup> COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 99, v. 1.

<sup>674</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito...**, *op. cit.*, 1999, p. 56.

Na seara do Direito Penal Econômico nada é pacífico na doutrina, e não fogem à regra os **crimes de perigo**, como já era de se esperar. Assim, a tensão neste campo doutrinário começa pela classificação do perigo e suas respectivas definições, sinônimos e diferenças.

Os crimes de perigo dividem-se basicamente em **concretos** e **abstratos**; somam-se a estes, como um *tertium genus*, os **abstrato-concretos**<sup>675</sup>, que se diferenciam dos **abstratos puros**<sup>676</sup>. Além dos dois primeiros, há os comuns, que se contrapõem aos *individuais*<sup>677</sup>. A polêmica persiste quanto aos sinônimos dos crimes de perigo abstrato: de **periculosidade**, de **perigo presumido**, de **perigo hipotético**, de **perigo implícito**, além de outros que, a exemplo do **crime-obstáculo**, designam uma fase precedente da verdadeira atividade perigosa<sup>678</sup>.

Considerar-se-á, a seguir, apenas a classificação básica, ou seja, o perigo concreto e o perigo abstrato, o que já consiste numa tarefa hercúlea<sup>679</sup>, deixando-se para outro trabalho este *imbróglio* doutrinário.

Por todos, define Johannes Wessels como crime de perigo concreto aquele segundo o qual, para o aperfeiçoamento do tipo, é exigida a verificação efetiva do perigo, devendo este ser constatado caso a caso<sup>680</sup>. Com efeito, são aqueles em que se antecipa o resultado, protegendo um pré-campo da norma, ou seja, o bem jurídico protegido não necessita ser lesado, basta que seja posto em perigo<sup>681</sup>. Segundo Cuello Contreras:

Os delitos de perigo concreto, assim como os de lesão, são delitos também que se compõem a partir da existência de um resultado, diferenciando-se pelo fato de que os delitos de resultado exigem uma lesão concreta ao bem jurídico para se consumir (por exemplo, a morte de uma pessoa, e esse é o exemplo trazido pelo autor), ao passo que nos delitos de perigo concreto é necessária para a consumação apenas que o bem jurídico experimente um perigo (concreto) de lesão, que não se materializa (como exemplo, o condutor de um veículo que transita vários quilômetros na contramão e não desvia do outro condutor que na sua direção vem, acreditando que este último evitará a colisão por si só, o que de fato vem a acontecer)<sup>682</sup>.

<sup>675</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 79, e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p. 122.

<sup>676</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes...**, *op. cit.*, 2007, p. 115.

<sup>677</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p. 81.

<sup>678</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes...**, *op. cit.*, 2007, p. 113.

<sup>679</sup> Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p. 118, comentando a distinção, ensina: “Esta distinção entre concreto e abstrato não se mostra mais de forma tão simples e clara. Flutuam os critérios de perigo ante as categorias. A rigor, é de se perceber que a produção deste é, antes de tudo, construção do legislador”.

<sup>680</sup> WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976, p. 8-9.

<sup>681</sup> FAYET, Paulo. **Desafios institucionais em face da precariedade de políticas públicas envolvendo a criminalidade econômica contemporânea**. Santa Cruz do Sul: Dissertação de mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNICS, 2006, p. 22.

<sup>682</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. **El Derecho Penal Español**. Parte General. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002, p. 525.

A quase totalidade doutrinária assevera que o perigo é elemento do tipo, e em razão disso, surge a indagação dos tipos penais. Esta não traz expressamente a locução de perigo na sua estrutura. Assim, por exemplo, quanto ao crime de gestão temerária, o parágrafo único do art. 4º da Lei 7.492, de 16.6.1986, laconicamente prevê: “se a gestão é temerária”.

Quanto à forma implícita de perigo, segue a lição de Ângelo Roberto Ilha da Silva:

Definido que nos crime de perigo concreto o perigo compõe o tipo, ou seja, é indicado em sua descrição, a indagação que se compõe é se a palavra perigo pode ser substituída por outra técnica de reclamar-se o perigo, ou se, ainda, poderá haver tal espécie de delito em que o perigo não seja elemento expresso do tipo? Exemplifiquemos: no crime de incêndio, previsto no art. 250 do CP, a referência está posta na própria descrição do tipo, não pairando dúvidas quanto à indicação do perigo pelo legislador. [...] Trata-se, sem dúvida, de crime de perigo concreto, jamais podendo ser considerado como de perigo abstrato ou presumido. O temor, vocábulo do qual deriva a adjetivação “temerária”, revela, a nosso ver, a exigência do perigo de forma concreta, vislumbrando-o sob o aspecto subjetivo. De modo que o perigo está contido no tipo do delito em questão e isso, e não só isso, demonstra que se trata de crime de perigo concreto. O perigo, repita-se, está presente no tipo, como reclama a doutrina para a configuração de crime de perigo concreto, e não se pode afirmar o contrário exclusivamente pelo fato de o vocábulo perigo não estar expresso, mas implícito na adjetivação “temerária”. O perigo não é só motivação, mas elemento do tipo<sup>683</sup>.

Conforme a doutrina tradicional<sup>684</sup> e majoritária, os crimes de perigo abstrato são aqueles cujo perigo está ínsito na conduta e presumido *juris et de jure*. Como se vê, em tal crime o juízo é feito *a priori*<sup>685</sup>. Perigo abstrato, possuidor de um pré-campo mais amplo, no qual basta a potencialidade de um resultado mais gravoso para o bem jurídico, que não chega sequer a sofrer um perigo abstrato<sup>686</sup>. Conforme Cuello Contreras:

Nos delitos de perigo abstrato não há necessidade de se constatar um perigo qualquer para o bem jurídico com resultado da atividade incriminada, pois estes delitos são sempre delitos de mera atividade. Como exemplo, pode-se citar o do motorista que conduz embriagado, situação na qual o delito se consuma com o ato de colocar-se ao volante em estado de embriagues, logo ao iniciar um trajeto<sup>687</sup>.

Cabe aferir, diante das duas classificações e respectivas conceituações, em que tipo de perigo se classifica o inciso II do art. 7º da 8.137/90. Trata-se de crime de perigo abstrato,

<sup>683</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes...**, *op. cit.*, 2003, p.68-69.

<sup>684</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, *op. cit.*, 2006, p. 119.

<sup>685</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 19, v. 1, t. II.

<sup>686</sup> FAYET, Paulo. **Desafios institucionais em face da precariedade de políticas públicas envolvendo a criminalidade econômica contemporânea**. Santa Cruz do Sul: Dissertação de mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNICS, 2006, p. 22.

<sup>687</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. **El Derecho...**, *op. cit.*, 2002, p. 522-523. Neste sentido, também, ver KINDHÄUSER, Urs Konrad. **Acerca...**, *op. cit.*, 1995, p. 441-445.

pois se perfaz nas condutas “vender” ou “expor à venda”<sup>688</sup>, o que permite classificá-lo como delito de mera atividade, uma vez que ocorre independentemente de qualquer resultado naturalístico<sup>689</sup>.

Cotejando o **perigo abstrato** e o tipo acima tratado, busca-se responder a uma relevante interrogação: há legitimidade dos crimes de perigo abstrato em face do Estado Democrático e Social de Direito, de maneira especial, ante o implícito princípio da lesividade/ofensividade?

Debruçando-se sobre o assunto, Fabio Roberto D’Avila apresenta, em sua obra “Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos”, interessante tópico: “Crimes de perigo abstrato e ofensa de cuida-de-perigo. Sobre os limites da noção jurídico-penal de ofensividade” que analisa o critério limite de verificação de uma situação de perigo abstrato. Conclui o autor que nestes casos tal critério é misto, objetivo-normativo, expresso na ideia de possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico, ser constatado pelo magistrado, através de um juízo *ex ante* de base total, ou seja, um juízo em que são consideradas todas as circunstâncias objetivas *in casu* relevantes independente do seu conhecimento por parte do autor<sup>690</sup>.

Com efeito, ao se falar em “possibilidade não-insignificante de dano” ao bem jurídico, está se propondo um critério que busca verificar, no caso concreto, a ocorrência de uma interferência jurídico-penal desvaliosa na “esfera de manifestação do bem jurídico”, isto é, na “ofensa de cuidado-de-perigo”. Com efeito, na prática<sup>691</sup>, em um juízo *ex ante* a conduta criou uma situação de perigo que “intersecciona a esfera de manifestação do bem jurídico”<sup>692</sup>.

<sup>688</sup> ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes...**, *op. cit.*, 2008, p. 120. No mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – parte especial, arts. 184 a 288. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 596, v. 3.

<sup>689</sup> Cf. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui *et al.* **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 1.472, v. 1.

<sup>690</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, *op. cit.*, 2009, p. 108-113.

<sup>691</sup> Caso concreto proposto por D’Avila: “Em uma estrada de duplo sentido, o condutor A resolve fazer uma ultrapassagem imprudente no preciso momento em que possui à sua frente uma curva que lhe retira a visibilidade. Daqui, três situações podem seguir: (1) o condutor A, ao realizar a ultrapassagem, encontra um carro em sentido contrário, com o qual se choca, provocando morte do condutor B. (2) O condutor A, encontra um carro em sentido contrário, com o qual não se choca, em razão de uma manobra defensiva realizada pelo condutor B, que o faz, até mesmo, sair da estrada. (3) O condutor A não encontra nenhum carro em sentido contrário, conseguindo concluir a ultrapassagem. Como se percebe em uma perspectiva *ex ante*, as três situações são idênticas, diferenciando apenas em uma perspectiva *ex post*. No primeiro caso, um dano; no segundo, um concreto pôr-em-perigo; e, no terceiro, uma ofensa de cuidado-de-perigo. Afinal, não há dúvida de que, ao realizar a ultrapassagem, o condutor A cria uma situação de perigo que intersecciona a esfera de manifestação do bem jurídico, retirando-lhe a tranquila expressão – que, em determinadas situações, pretende preservar a norma – mediante uma significativa possibilidade de dano. O que, por certo, não ocorreria, se, por alguma razão, como,

Destrinchando as ideias acima colocadas, em verdade, o que se tem é um plano dinâmico para classificar o crime de perigo. No caso do perigo concreto considera-se “a entrada do bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa”, enquanto, o perigo abstrato o que se deve considerar é a “satisfação de interferência na manifestação do bem jurídico”. Leia-se, quanto ao perigo abstrato não se exige “a entrada do bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa”, o que se busca é proteger com maior precisão a “dimensão dinâmica” do bem jurídico, reconhecendo a existência do “campo de atuação” (para o perigo concreto) ou a “esfera de manifestação” do bem jurídico (para o perigo abstrato). Destarte, possibilita a esfera de atuação do Poder Legislativo, dando garantia a tranquilidade existencial de determinados bens. Dito de outra forma, oferecer proteção penal que abranja os crimes de perigo abstrato – na sua esfera de manifestação<sup>693</sup>.

Arrematando, na prática acontece assim: se alguma conduta criou uma “situação perigosa” que “intersecciona na esfera de manifestação do bem jurídico” é porque se constatou a “possibilidade não-insignificante de dano”, logo “ofensa de cuidado-de-perigo”, logo crime de perigo abstrato, logo o legislador tem legitimidade na criação de tipos penais com técnica diversa da tradicionalmente aceita desde o alvorecer liberal<sup>694</sup>.

Com espeque nas ideias acima expendidas, D’Avila traz como dispositivos paradigmáticos na literatura alemã o caso do incêndio grave (*schwere Brandstiftung*, § 306a, Abs. StGB)<sup>695</sup>, em que o incendiário isola a casa, impossibilitando que alguém venha ser atingido pelas chamas, e o alcoolismo na condução de veículo (*Tunkenheit im Verkehr*, § 316, Abs.1 StGB)<sup>696</sup>, em que o condutor dirige em uma cidade desabitada. No mesmo sentido aponta exemplos na legislação pátria, *e.g.*, o depósito para venda de produtos impróprios para o consumo (art. 7º, IX, Lei 8.137/90), em que, embora com prazo de validade vencido, o produto está em plenas condições de ser consumido; porte ilegal de arma de fogo (art. 14, Lei

---

v.g., na hipótese da estrada estar fechada em sentido contrário, não fosse possível afirmar a referida possibilidade de dano.”(D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, *op. cit.*, 2009, p. 116)

<sup>692</sup> Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, *op. cit.*, 2009, p. 115.

<sup>693</sup> Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, *op. cit.*, 2009, p. 115.

<sup>694</sup> Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, *op. cit.*, 2009, p. 115.

<sup>695</sup> § 306a StGB – Incêndio grave. (1) Quem, por meio de um incêndio, destruir total ou parcialmente ou colocar fogo em: 1. Um prédio, um barco, uma cabana ou outro local que sirva para moradia de pessoas; 2. Uma igreja ou outro prédio que sirva para o exercício da religião; ou 3. Um local que sirva, por vezes, a estadia de pessoas, durante o período em que costumam lá estar, será punido com pena de prisão não inferior a um ano.

<sup>696</sup> § 316 StGB – Condução em estado de embriaguez. (1) Quem conduzir um veículo no trânsito (§§ 315 a 315d) embora, em razão de ingestão de bebida alcoólica ou outro meio que leve a embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança, será punido com pena de prisão até um ano ou multa, se o fato não for punido pelo § 315a ou pelo § 315c.

10.826/2006), estando a arma totalmente desmuniada e sem acessibilidade a munição; bem assim podendo ser aplicado no âmbito do direito penal ambiental (art. 44 da Lei 9.605/98)<sup>697</sup>.

*Mutatis mutandis*, o raciocínio e os paradigmas se encaixam com perfeição a hipótese geral e a pergunta de pesquisa do nosso trabalho, respectivamente, vender ou expor a venda mercadoria com embalagem em desacordo a determinação legal é, em tese, crime, albergado formalmente pelo inciso II, do art. 7º, da Lei 8.1137/90; a tipicidade formal do dispositivo, sem considerar os casos *in concreto*, fere o Estado Democrático e Social de Direito, quando não há lesão/ofensa ao bem jurídico penal?

Com efeito, o caso hipotético que nos ocupamos neste estudo é do ponto vista social muito simples, mas sobre a ótica da dogmática penal vem levantando controvertidas e complexas conclusões: vender ou expor a venda mercadoria (v.g., um enlatado amassado em gôndola de um supermercado) é, em tese, crime previsto no art. 7º, II, da Lei 8.137/90, mesmo que o conteúdo (substrato) não esteja violado e se encontre apropriado para consumo, não expondo a risco a vida ou integridade física do consumidor.

Conforme juízo *ex ante* de base total, o tipo penal é perfeitamente legítimo (constitucionalmente, a recuperação do ilícito fruto da tutela penal é legítima), pois, ao vender ou expor a venda tal mercadoria, cria-se uma “situação de perigo” que “intersecciona na esfera de manifestação do bem jurídico” por se constatar uma “possibilidade não-insignificante de dano”, destarte, presente a “ofensa de cuidado-de-perigo” como sinônimo de perigo abstrato.

Evidentemente, o caso, *in concreto*, não traz nenhuma lesão/ ofensa ao bem jurídico vida ou integridade física do consumidor, daí como responsabilizar criminalmente o sujeito que vendeu ou expôs a venda mercadoria em tais condições, pela simples subsunção formal, esquecendo os postulados do Estado Democrático e Social de Direito, que exige, hodiernamente, a aplicação, também, da subsunção material?

Retoricamente, o caso pode, ao menos, gerar duas situações que se subdividem: (1) enlatado amassado e substrato impróprio para consumo: (1.1) havendo o consumo e gerando a morte ou lesão a integridade física do consumidor, e (1.2) havendo consumo e não gerando a morte ou lesão a integridade física do consumidor, (1.3) apenas, “a venda ou exposição a venda” sem haver consumo. (2) enlatado amassado e substrato apropriado para consumo:

---

<sup>697</sup> Cf. D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, *op. cit.*, 2009, p. 116-117.

(2.1) havendo consumo sem morte e sem lesão a integridade física do consumidor, e, (2.2) apenas, “a venda ou exposição a venda” sem haver consumação.

Em um juízo *ex ante*, “a venda ou exposição a venda” do enlatado amassado (ou seja, em desacordo a determinação legal) já configura, em tese, crime previsto no art. 7º, II, da Lei 8.137/90. Agora, quanto ao juízo *ex ante* de base total, ou seja, o magistrado considerando todas as circunstâncias objetivas relevantes, é possível se chegar a conclusões diversas (da já apontada e simplória subsunção formal), com fundamento na ideia de “possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico”. Importa agora analisar os casos *per si*:

(1.1) trata-se, evidentemente, de crime de dano, com fácil solução dogmática, ou seja, responsabilização penal com lastro no dispositivo acima citado, assim como em outros também;

(1.2) nesta situação há um crime de perigo concreto, ou seja, há uma forte probabilidade de dano, pois, a situação de perigo entrou no “raio de ação de conduta perigosa”, sendo assim, merece a resposta do Estado-juiz numa possível criminalização da conduta, considerando para aplicação do preceito secundário o princípio da culpabilidade (proporcionalidade);

(1.3) reflete tal situação um crime de perigo abstrato, em que há uma “possibilidade não-insignificante de dano” que, a nosso sentir, autoriza a responsabilização penal, uma vez que o enlatado além de está amassado (portanto embalagem em desacordo com a lei), também se encontra com o substrato impróprio para consumo, portanto, merecedor da tutela penal consumerista que autoriza o raciocínio sistemático de busca da legitimidade do dispositivo com espeque no postulado do Estado Democrático e Social de Direito;

(2.1) entendemos neste caso que não se trata de perigo abstrato, pois a suposta “situação de perigo” gerada pela conduta **não** “intersecciona na esfera de manifestação do bem jurídico”, pois, **não há** “possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico”, por conseguinte, ausente está a “ofensa ao cuidado-de-perigo”, pois o substrato se encontra apropriado para o consumo, destarte, não merece resposta do Estado-juiz no sentido de uma responsabilização criminal, com fundamento em qualquer mínima lesão/ ofensa, portanto, desautorizado pelo postulado constitucional do Estado Democrático e Social de Direito;

(2.2) também, neste caso não se evidencia um crime de perigo abstrato e com maior razão que o anterior (2.1) não há, nem de longe, a “possibilidade não-insignificante de dano

ao bem jurídico”, pois, sequer houve o consumo da mercadoria, vislumbrando estapafúrdia uma qualquer responsabilização criminal, por mera subsunção formal.

Considerando os casos e suas respectivas subdivisões, mas agora fazendo um juízo *ex postfactum*, o magistrado, tomará como premissa o princípio da lesividade/ ofensividade como consectário implícito do postulado do Estado Democrático e Social de Direito, para responder a seguinte indagação: é possível criminalizar conduta sem que haja lesão ou ameaça de lesão (dano) à bem jurídico penalmente relevante?

Na primeira situação (1.1) há evidente crime de dano – vida ou integridade física do consumidor -, logo, da mesma maneira que no juízo *ex ante factum* será legítima a pretensão punitiva do legislador, assim como a pretensão punitiva do magistrado.

Na segunda hipótese (1.2), como se trata de perigo concreto, leia-se ocorreu o consumo de substrato estragado, mas não gerou a morte ou lesão a integridade física do consumidor, mas, por outro lado ocorreu o “perigo de lesão”, o magistrado, conforme os princípios já tratados e, de certo, o princípio da culpabilidade, deve responsabilizar criminalmente o agente empreendedor, portanto, a consequência, também, é a mesma do juízo *ex ante factum*.

A terceira situação (1.3) um típico caso de perigo abstrato, onde foi exposta a venda mercadoria, com substrato inadequado para consumo, porém não foi consumido pelo hipossuficiente que teve acesso na gôndola do supermercado. Entendemos que nesta situação há um mínimo (possibilidade não-insignificante) de lesividade/ ofensividade a bem jurídico, pois, como bem se reporta a narrativa, a mercadoria encontrava-se amassada e com substrato provadamente impróprio para consumo, portanto merecendo a resposta estatal, no sentido de criminalizar a conduta.

A quarta situação (2.1) entendemos haver apenas uma mera violação administrativa (ou seja, trata-se de uma norma penal em branco que exige complemento), pois, como o bem jurídico destinatário da proteção não foi lesionado minimamente, não reclama, portanto, a resposta estatal da criminalização, para, por conseguinte, na esfera administrativa encontrar suporte sancionador, onde, certamente, encontrará a resposta proporcional ao gravame social, com base na intervenção mínima e de forma mais precisa no princípio da subsidiariedade. Sem, contudo, perder de vista o princípio da lesividade/ ofensividade.

A quinta e última hipótese (2.2) tem idêntica solução da anterior (2.1) e com muito mais razão não merece o caso *in concreto* repercutir na seara penal, pois, além de não haver qualquer lesão/ ofensa ao bem jurídico (minimamente), a mercadoria (enlatado amassado) sequer foi consumidor por qualquer cliente do supermercado, logo, na mesma esteira, *a fortiori*, quem pode o mais, neste caso descriminalizar uma conduta (cujo consumidor adquiriu o produto, consumiu o substrato, porém não estragado), pode o menos, ou seja, descriminalizar uma conduta onde sequer o consumidor adquiriu e fez uso da mesma.

Como já tratamos sobejamente, com o advento das duas grandes Guerras Mundiais, novas exigências e necessidades sociais surgiram e com elas, não sem razão, exigiu-se e continua a exigir um giro conceitual da dogmática penal, que deve respeitar o binômio garantia-mudança, ou seja, precisamos refazer o modo de como conceber, sistematizar e aplicar o Direito Penal, aliando as garantias conquistadas a partir dos dogmas do Estado Liberal com as necessidades do atual Estado Constitucional.

## PARTE IV

### SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL.

#### Capítulo 4 – SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL COMO BALIZA A TUTELA PENAL DA LEI 8.137/90

“Somos o que pensamos. Tudo o que somos surge com nossos pensamentos. Com nossos pensamentos, fazemos o nosso mundo”.

Buda.

#### 4.1 Aplicabilidade do art. 7º, II (primeira parte), da lei 8.137/90 face à Constituição Federal da República do Brasil de 1988

De longa data o Direito tem, mesmo que de forma incipiente, protegido bens jurídicos-penais com a tutela penal econômica. Mas, efetivamente, passou a proteger tais bens a partir das crises que gravitaram em torno das duas Grandes Guerras Mundiais.

Os novos valores sociais apareceram e com eles há necessidade de respostas estatais mais eficazes que demandam um giro conceitual na dogmática penal. Em razão de tais exigências foram adaptados alguns mecanismos que objetivam harmonizar o clássico ao atual. Dentre estas técnicas a mais utilizada é a abertura dos tipos penais através dos elementos normativos jurídicos cujo fundamento é a sociedade de risco. O fundamento está na própria conformação da sociedade atual, que muito se distancia da conformação da sociedade década de 40. Desvincular o Direito da sua própria sociedade é fazer com que a norma não tenha o condão de atingir o que ela pretende; desvincular o Direito da conformação da sociedade é afastar o *delicta em se* e se aproximar do *delicta mere prohibita*.

O que está na base da sociedade atual, não é o que estava na base da sociedade de 1940. A não limitação de fronteiras, a facilidade nas comunicações, enfim, tudo isso levou ao risco e este se encontra na base do Direito Penal Econômico levando a abertura dos tipos penais (elementos normativos jurídicos e norma penal em branco) que não podem fugir a técnica da matéria de proibição.

Para além disto, tem-se os crimes de perigo (concreto e abstrato) como técnica de antecipação da proteção dos bens jurídicos penais econômicos que esbarram no princípio da lesividade/ ofensividade como princípio implícito do Estado Democrático e Social de Direito, cuja técnica se justifica em razão da importância em proteger alguns bens jurídicos que se fossem aguardar a efetiva lesão a si, provavelmente não seriam reincorporados ao patrimônio do lesado.

Mesmo entendendo que tal técnica leva ao inconveniente de proteger bens jurídicos “meios” e não “fins”, mas tal sacrifício pode ser contornado com um eficaz controle judicial. Dito de outra forma, a primeira possibilidade em escolher qual bem jurídico deve ser protegido, com particular técnica de antecipação de proteção, cabe ao Poder Legislativo, pois é sua função típica a classificação do bem jurídico merecedor de tutela penal<sup>698</sup>. Porém feita a mesma, cabe em última análise entender, caso a caso, quais os fatos sociais que demandam a proteção por tal técnica ou qual demandam o respeito aos postulados do princípio da lesividade/ ofensividade, uma vez que optamos constitucionalmente por um Estado Democrático e Social de Direito que não transige aos *delicta mere prohibita*, portanto, colocando o destinatário da tutela penal em vulnerabilidade social e jurídica por uma “mera opção legislativa”.

O princípio da lesividade/ ofensividade é mais que um princípio implícito constitucional, na verdade se trata do próprio Estado Democrático e Social de Direito travestido de tal princípio dentro do Direito Penal e, portanto, deve cumprir com seu papel em proteger o cidadão dos arbítrios praticados em razão do mero perigo (abstrato).

O controle judiciário, quanto à necessidade de verificar a aplicabilidade formal da tutela penal econômica com base nos crimes de perigo ou a aplicabilidade do princípio da ofensividade/ lesividade, é capaz de contornar (sanar) a eventual inconstitucionalidade do

---

<sup>698</sup> Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2012, p. 58: “Deve-se ter presente que a **seleção dos bens jurídicos** tuteláveis pelo Direito Penal e os **critérios** a serem utilizados nessa seleção constituem **função do Poder Legislativo**, sendo vedada aos interpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional. Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados *princípios constitucionais* da reserva legal e da *independência dos Poderes*”. (grifo do autor e nosso) Na mesma obra o autor traz outra lapidar lição na p. 55: “O tipo penal implica uma **seleção de comportamentos** e, ao mesmo tempo, uma **valoração** (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado. [ ] A **tipicidade** de um comportamento proibido é enriquecida pelo *desvalor da ação* e pelo *desvalor do resultado* **lesando efetivamente** o bem jurídico protegido, constituindo o que se chama de **tipicidade material**”. (grifo do autor e nosso)

dispositivo no caso *in concreto*. A ponderação judiciária é fundamental para, em última razão, considerar ou não uma norma penal (in)constitucional diante do caso específico.

Segundo Bitencourt, o princípio da ofensividade/ lesividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: (1) servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos políticos-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; (2) servir de critério interpretativo, constringendo o interprete legal a encontrar em cada caso, *in concreto*, indispensável lesividade ao bem jurídico protegido. Arremata Bitencourt:

[...] o princípio da ofensividade (ou lesividade) exerce dupla função no Direito Penal em um Estado Democrático de Direito: a) *função político-criminal* – esta função tem caráter preventivo-informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; b) *função interpretativa ou dogmática* – esta finalidade manifesta-se *a posteriori*, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, *in concreto*, a norma penal elaborada<sup>699</sup>.

A conduta prevista no art. 7º, inciso II, da Lei 8.137/90 (“vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial”) demanda um juízo de maior acuidade judiciária diante da complexidade envolvida no caso *per se*, uma vez que o bem jurídico meio é a proteção à relação consumerista, porém o bem jurídico fim é a integridade física ou a própria vida do consumidor. Pensando neste fato material, tem-se a esdruxula situação de criminalizar, por uma mera opção legislativa, aquele que eventualmente expõe mercadoria em desacordo a normatividade, mas não ofende/ lesiona a vida ou integridade física do consumidor. Incorre neste caso específico o *delicta mere prohibita* e não o *delicta em se*. Enfim, este juízo deve ser feito pelo Poder Judiciário diante do caso *in concreto*.

A vocação natural do Direito Penal Econômico é a proteção de direitos supraindividuais, dizendo de outra forma, tem-se que neste ramo da dogmática penal a razão de sua existência é a proteção a bens jurídicos-penais supraindividuais, *v.g.*, a relação de consumo, o meio ambiente, as relações cambiais e falimentares, os sistemas tributário e financeiro nacional, de processamento e comunicação de dados, a dignidade e valorização do trabalho humano, a propriedade privada e respectiva função social, a liberdade de iniciativa

<sup>699</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2012, p. 60.

econômica, a livre concorrência<sup>700</sup>. Tal conclusão advém da interpretação sistemática dos dispositivos do nosso ordenamento jurídico, de forma especial, da Constituição Federal da República, desde o Preâmbulo e Títulos: I – Dos Princípios Fundamentais (arts. 1º a 4º); II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais: Capítulos I e II [respectivamente, Dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º) e Dos direitos sociais (arts. 6º a 11)]; VII – Da Ordem Econômica e Financeira (arts. 170 a 192), VIII – Da Ordem Social (arts. 193 e 232).

O fundamento constitucional desta tutela penal encontra-se forjado no “Preâmbulo” quando trata do **Estado Democrático** para assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais**, a **liberdade**, a **segurança**, o **bem-estar**, o **desenvolvimento**, a **igualdade** e a **justiça** como valores supremos de uma sociedade fraterna<sup>701</sup>. Assim como nos artigos 1º *caput* e incisos (II - a cidadania e III - a dignidade da pessoa humana); 2º *caput* e incisos (I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos [...]); 5º *caput* e inciso XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; 170 *caput* e inciso V – defesa do consumidor.

O conjunto das normas constitucionais acima elencados fundamentam de forma irrefutável o bem jurídico-penal tutelado, neste caso pelo Direito Penal Econômico como gênero e a Lei ordinária Federal 8.137/90, art. 7º, II, como espécie. Enfim, o bem jurídico-penal neste trabalho é supraindividual e se trata da ordem econômica, especificamente, proteção às relações de consumo.

#### 4.1.1 Interpretação constitucional do art. 7º, II (primeira parte) da lei 8.137/90

É pacífico o entendimento de que o constitucionalismo marcou o modo como sistematizar e interpretar o ordenamento jurídico, logo não há qualquer novidade em afirmar que todas as normas encontradas hierarquicamente subpostas a Constituição com ela devem guardar simetria por imperativo da supremacia da ordem constitucional. O controle de simetria é aferível pelos mecanismos da “recepção” e da “(in)constitucionalidade”, respectivamente, implica que a nova ordem constitucional “recepção” as normas preexistentes a sua vigência que consigo guardam simetria ou a ordem constitucional nega a vigência de novas normas quando são assimétricas as suas orientações.

<sup>700</sup> SILVA, Ivan Luiz da. **Direito...**, *op. cit.*, 2011, p. 381

<sup>701</sup> No mesmo sentido D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal...**, *op. cit.*, 2009, p. 69.

O que nos interessa também neste estudo diz respeito ao controle de constitucionalidade uma vez que a vigência da lei 8.137/90 é posterior ao Constituição Federal de 1988. Sintetizando, são dois os mecanismos que visam tal controle e que são importantes para nosso estudo: (1) controle preventivo feito pelo Poder Legislativo, ao escolher o bem jurídico-penal a ser tutelado, evitando neste momento o vício do *delicta mere prohibita* e sobressaltando o dito *delicta em se* e (2) controle repressivo (concentrado ou difuso) feito pelo Poder Judiciário.

Superando a discussão de inconstitucionalidade e admitindo-se, no plano do controle preventivo, a constitucionalidade do art. 7º, II, da Lei 8.137/90, resta o controle repressivo que no caso em tela deve ser aferido no plano difuso, ou seja, no caso *in concreto*. Demanda, como já dito, maior acuidade do Poder Judiciário em sopesar a proteção na relação de consumo como “bem jurídico-penal meio” *versus* a garantia da liberdade, salvo quando existir lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico penalmente relevante. Dito de outra forma, tem-se de um lado os bens jurídico-penais protegidos pela técnica da tutela dos crimes de perigo (relação de consumo como bem jurídico-penal meio a ser protegido) e do outro banda a garantia a direitos individuais fundamentais de só ser culpado quando, e conforme o princípio da lesividade/ ofensividade, existir uma efetiva lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal (vida e integridade física como bem jurídico-penal fim).

Caberá ao magistrado aferir no caso *in concreto* se a “exposição ou venda de mercadoria em desacordo as prescrições legais” merece proteção via tutela penal, uma vez que pôde ter o bem jurídico-penal meio (proteção à relação de consumo) atingido, ou deve levar em conta o bem jurídico-penal fim (vida e integridade física do consumidor) que pôde ter sofrido efetiva lesão ou ameaça de lesão, conforme princípio da lesividade/ ofensividade.

Diante do caso específico cabe ao magistrado decidir por uma ou outra proteção do consumidor e conseqüentemente tornar a norma simetricamente compatível a supremacia da ordem constitucional. Sendo caso de proteção à relação de consumo e o magistrado não vislumbrar, via de consequência, colocando em risco o bem jurídico-penal fim (vida e integridade física), incorrerá em *error in iudicando* passivo de reparação via recursal.

Porém, não sendo caso de proteção ao bem jurídico-penal fim e o magistrado decidir contrariamente, obraria pela inconstitucionalidade de sua decisão, uma vez que interpretou assimetricamente a norma face a Constituição na aferição da tipicidade. Logo, em síntese, ocorre a tipicidade formal, porém a tipicidade material não se concretizou, sendo assim,

tornar-se incompatível com o Princípio do Estado Democrático e Social de Direito que exige muito mais dos seus protagonistas que o simples exercício cartesiano da subsunção formal<sup>702</sup>. Considerando, ainda, que o princípio da lesividade/ ofensividade é consectário implícito de tal Estado de Direito, e que se encontra travestido, para o Direito Penal, de lesividade/ ofensividade, tem-se pela inconstitucionalidade da decisão.

A função ético-social do Direito Penal é exercida por meio de proteção dos valores fundamentais da vida social, devendo se configurar com a proteção de bens jurídicos<sup>703</sup>. A relação de consumo, sem dúvida, deve ser protegida via tutela penal como bem jurídico supraindividual, justamente por ser fundamental para vida social, porém seu fundamento em si não é apenas o bem jurídico-penal meio (relação de consumo), mas, sobretudo, o bem jurídico-penal fim (vida e integridade física do consumidor). É visando exatamente proteger este bem jurídico-penal fim que o legislador usa a técnica de antecipação da proteção através do perigo abstrato, criando uma espécie de antessala para tal bem jurídico, plenamente justificável em razão da sua vital importância.

Mas, a técnica da antecipação da proteção do bem jurídico pelo mecanismo do perigo abstrato demanda ponderação no plano *in concreto*, ou seja, caso haja apenas agressão ao bem jurídico-penal meio (relação de consumo) que não seja capaz de efetivamente lesionar/ ofender o bem jurídico-penal fim (vida, integridade física do consumidor), descabe tal proteção via tutela penal, pois, neste particular caso, estar-se-ia, via perigo abstrato, legitimando o *delicta mere prohibita*, onde o ordenamento jurídico através do paradigma do Direito Constitucional (em especial Estado Democrático e Social de Direito) não autoriza tal mecanismo. Ao contrário, o Direito Penal deve classificar bem jurídico-penal para fim de proteção com a ideia de *delicta em se*<sup>704</sup>.

---

<sup>702</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, *op. cit.*, 2012, p. 59: “Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de *repressão penal* se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são *inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato*, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente, admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime as ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal”.

<sup>703</sup> WELZEL, Hans. **Derecho...**, *op. cit.*, 1970, p. 11 *et seq.*

<sup>704</sup> Conforme o magistério de Hans Welzel (**Derecho Penal alemán**. 12. ed. Chilena. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987, p. 83), o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa “relevância social”; do contrário, não poderiam ser delitos. Daí a conclusão de que há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas. Dito de outra forma, conforme esta teoria, as

Aliás, usar a tutela penal para *delecta mere prohibita* implica em usar o Direito Penal *prima ratio* negando seu caráter subsidiário<sup>705</sup>. A tessitura em que se insere este ramo do Direito é complexa e demanda uma interpretação sistemática, falamos isto, pois seria impossível não trazer para este dialogo os consectários implícitos do Estado Democrático e Social de Direito, ditos princípios da intervenção mínima (que se insculpe pelos princípios da fragmentariedade<sup>706</sup>, subsidiariedade, insignificância e lesividade/ ofensividade). Dito de outra forma a lesividade/ ofensividade que edifica a intervenção mínima é a representação do Estado Democrático e Social de Direito para o Direito Penal, daí se conclui que desrespeitar o princípio da lesividade/ ofensividade, na verdade é desrespeitar a própria ordem constitucional.

#### 4.1.2 Aplicabilidade do princípio da ofensividade/ lesividade de acordo com os postulados do Estado Democrático e Social de Direito

Um dos objetivos do presente trabalho é estudar o Estado Democrático e Social de Direito assim como o princípio da lesividade/ ofensividade, porém não há como concluir tal labor cognitivo sem, ao menos, tratar do princípio da intervenção mínima, pois ao tutelar penalmente um comportamento que não ofenda/ lesione efetivamente um bem jurídico-penal, estar-se-á provocando uma intervenção estatal injustificada na vida em sociedade. A técnica da antecipação da proteção do bem jurídico-penal fim pela proteção de um bem jurídico-penal meio pode provocar *in concreto* um vício de inconstitucionalidade, desde que não haja uma criteriosa ponderação.

A proteção da relação de consumo contida no art. 7º, II, da Lei 8.137/90: “vender ou expor a venda mercadoria em desacordo a determinação legal”, em primeiro momento quer

---

condutas que se consideram “socialmente adequadas” não se revestem de tipicidade e, por isso, não podem constituir delitos.

<sup>705</sup> Cf. MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho Penal**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1, p. 31, ensinava: “[...] na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem pública”. No mesmo sentido MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 60 *et seq.*, justificando o caráter subsidiário do Direito Penal, afirma que apenas quando: “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito”, deve-se usar a tutela penal.

<sup>706</sup> Cf. CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**. Campinas: LZN, 2005, p. 302, preleciona: “[...] o significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. E neste âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal”.

proteger a relação de consumo, mas não há dúvida que tal proteção tem como fim resguardar a vida e integridade física do consumidor. Sendo assim, caso não haja tal lesão/ ofensa à bem jurídico-penal fim, não se pode justificar o uso da tutela penal consumerista. Passa-se, portanto, o Direito Penal Econômico de protetor do bem jurídico-penal, como função ético-social, para agressor<sup>707</sup> a liberdade na relação de consumo, cujo protagonista agredido deixa de ser o consumidor para ser o produtor, fabricante, comerciante, industrial etc.

A função ético-social do Direito Penal visa proteger, como já dito, bens jurídicos fundamentais para vida tranquila em sociedade. Embora que só há tranquilidade social quando todos (consumidor, fabricante, produtor, etc.), indistintamente, estão protegidos pela tutela penal conforme os princípios constitucionais – neste caso o princípio do Estado Democrático e Social de Direito – e princípios constitucionais penais, expressos ou implícitos, - neste caso o princípio implícito da lesividade/ ofensividade, como consectário do princípio da intervenção mínima.

---

<sup>707</sup> Cf. ROXIN, Claus *et al.* **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal**. Barcelona: Ariel, 1989, p. 23, ensina: “[...] radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”.

## CONCLUSÃO

### COMPATIBILIDADE DA TUTELA PENAL DO ART. 7º, II (PRIMEIRA PARTE) DA LEI 8.137/90 COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA DO BRASIL DE 1988.

“Todos os pensamentos inteligentes já foram pensados; é preciso apenas tentar repensá-los”.

Johann Goethe.

A complexidade das exigências do mundo atual é absolutamente diferente de outrora, quando da criação do Direito Penal, que adjetivamos como “clássico”. A época o grau de complexidade social exigia uma resposta estatal no combate aos crimes, com bens jurídico-penais individuais praticados e suportados por sujeitos determinados. Ao contrário do que ocorre hodiernamente, onde a tessitura social enfrenta uma mudança na complexidade das condutas, dos sujeitos do crime e dos bens jurídico-penais, exigindo do Estado uma reavaliação na classificação de quais devem ser protegidos a partir de novas técnicas jurídicas, para tais casos o uso da antecipação da proteção dos bens jurídico, *v.g.*, normas penais em branco e crimes de perigo (concreto ou abstrato) como forma de abertura dos tipos penais.

Equacionar os problemas gerados pela nova complexidade social demanda um esforço dogmático penal, além do desapego aos valores já sedimentados ao longo da evolução desta ciência. É necessário, diante das novas necessidades, não perder o foco dos antigos postulados penais, como a individualização da conduta, o princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos e a lesão/ofensa efetiva a tais bens, que não podem e não devem ficar no limbo. Ponderar nas mudanças implica adaptar o Direito Penal clássico as exigências sociais hodiernas, assim como, remodelar o Direito Penal, modernizando-o e tornando-o eficaz, capaz de suprir novas lacunas, mas, mantendo-se garantidor do Estado Democrático e Social de Direito.

O Direito Penal Econômico, ainda que sem autonomia científica, mas, repleto de novas formas para combater a criminalidade moderna, foi e está sendo um remédio que levantou e continua levantando calorosas e apaixonadas discussões doutrinárias. Setores de notório reconhecimento no mundo doutrinário têm levado as últimas consequências os estudos deste ramo do Direito Penal, ora para comungar, ora para execrar seus novos

postulados, mas sempre visando à proteção da sociedade contra os males acometidos, que exige novos bens jurídicos a serem protegidos.

Aftalión em seu magistério prantava que por conta de uma situação de emergência, isto é, por conta de uma situação econômica que foi jungido a realização das duas Grandes Guerras Mundiais, o Direito Penal Econômico surgiu como um ‘traje de arlequim’, foi fruto da costura desarmoniosa de diversos ramos do Direito que tiveram, sob a ameaça de uma pena, suas condutas tidas como pertinentes à seara Penal. Mas, em que pese toda desarmonia dogmática desta espécie do Direito Penal, este foi condição para as grandes discussões e iniciais mudanças nas concepções dogmáticas.

Certamente, em razão das ditas novas exigências sociais, o Direito Penal clássico demandará outras tantas adaptações para dá sustentação a novel espécie, cuja terminologia tem sido a razão de divergência doutrinária, mas que foi razoavelmente dirimida no XIII Congresso organizado pela Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) no Cairo em 1984, quando aprovou a *Resolução 4* orientando os estudiosos no sentido de que “a expressão Direito penal econômico se emprega aqui para circunscrever os delitos contra a ordem econômica”.

O Direito como ciência encontra seu fundamento na proteção dos bens jurídicos fundamentais para convivência pacífica em sociedade, dito de outra forma, o Direito surge da sociedade e o inverso não é verdadeiro - *Ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi jus, ergo, ubi homo, ibi jus* -. Sendo assim, quando as exigências sociais mudam o Direito também deve mudar para atender as atuais complexidades desta trama, aqui denominada sociedade de risco.

É curial sopesar os aspectos históricos e jusfilosóficos da dogmática penal clássica, com base nos direitos: Romano, Canônico e Germânico, que em simbiose desobnubila o bem jurídico, o tipo e a tipicidade, assim como se estruturam, determinando os elementos edificantes do crime na formação da antiga sociedade e servindo de orientação para atual sociedade de risco que reclama novas técnicas e que demanda dirimir alguns postulados do Direito Penal clássico, sedendo um espaço legítimo para o Direito Penal econômico e suas especificidades. Portanto, entendemos que o giro metodológico é mais que necessário, é, em verdade, um imperativo social.

Desde Feuerbach, com princípio da legalidade, cujo objetivo era limitar o autoritarismo estatal, até hoje, uma gama de doutrinadores levaram as últimas consequências

os estudos da teoria do crime com base em bens jurídicos a serem protegidos com sujeitos individualizados.

Dentre tantos expoentes que contribuíram para esta evolução alguns tem destacada participação para ciência penal clássica: a) **Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach** (1775-1883), tornou visível o princípio da legalidade a partir das ideias iluministas sendo este o pai da teoria da coação psicológica; b) **Stübel** em seguida resgatou a expressão *imputatio* do Direito romano; c) **Johann Michael Franz Birnbaum** (1792-1877) em 1834 publicou seu famoso estudo sobre a tutela da honra - *Über das Erforderniss einer forderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe das Verbrechens* provocando um giro metodológico no estudo dogmático penal, além de ter tratado de forma primeira a expressão bem jurídico. O objeto de tutela passa a ser concreta/ individualizada e separa a tutela penal da tutela religiosa; d) **Adolf Merkel**, por seu turno sistematiza a antijuridicidade, pois a ideia de lícito e ilícito provém do direito romano. Fala, também do injusto culpável pela primeira vez e trata dos elementos negativos do *tatbestand* ou tipicidade (segundo conceito dos elementos da teoria do crime). É pai da Teoria psicológica da culpabilidade (vontade) e cria o conceito de antijuridicidade; e) **Karl Ludwig Lorenz Binding** (1841-1920) traduz para *schuld* a expressão *imputatio* que origina a culpabilidade (1º conceito dos elementos da teoria do crime) teorizando o injusto culpável e formando um bloco único - culpabilidade/ antijuridicidade, bloco este igual ao *tatbestand*. É pai do atual instituto assim conhecido hodiernamente: norma penal em branco e que a época denominava “corpo errante em busca da alma”. Forma as bases do erro de proibição; f) **Franz von Liszt** (1851-1919) diz que ação igual a movimento corpóreo e voluntário e sistematiza os elementos da ação. Explicitou a teoria causalista da ação dando função a teoria causalista junto com Beling; g) **Ernest von Beling** cria a partir do *tatbestand* o conceito de adequação à moldura e passa e denominá-lo de tipicidade, sendo o mesmo o patrono da denominação teoria causalista da ação; neste diapasão a ação serve para afastar os estados de inconsciência do mundo exterior e integram a tipicidade - “fantasma sem sangue”. Separa e coordena os elementos do crime, pois antes só era antijuridicidade culpável criando o conceito de tipo; h) **Edmund Mezger** (1883-1962) junto com Max Ernest Mayer criaram um sistema penal baseado no neokantismo: dicotomia cultura *versus* natureza, a partir da teoria normativa da culpabilidade. Ele não fala de “tópica”, mas exercita a mesma; i) **Max Ernest Mayer** (1875-1923) em 1915 inicia a defesa do método tripartido que a partir deste a ação é elemento nuclear da tipicidade; j) **Hans Frank** (1860-1934) foi criador da teoria normativa da culpabilidade e modifica o conceito de culpabilidade, escrevendo um livro em 1907

intitulado: Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade (*Über den Aufbau des schuldbegriffs*), onde pretende aproximar a doutrina da jurisprudência. Constrói o conceito de circunstâncias concomitantes - expressão talismã que a partir daí constrói outros elementos da culpabilidade; l) **Alexander George Theobald Conde Dohna-Schlodien** [1876-1944 (**conde Graf zu Dohna**)] trabalhou explicitamente o elemento subjetivo do tipo e faz uma dicotomia entre tipo objetivo e tipo subjetivo. Estabelece culpabilidade como elemento primeiro do crime depois de tipicidade. Baseou-se em Binding para construir as denominações erro de tipo e erro de proibição (sendo por ele denominado desta forma pela primeira vez em 1925); m) **Bertold Freudenthal** junto a Goldschmidt e Frank trabalharam a ideia da valoração da culpabilidade; n) **James Goldschmidt** (1874-1940) trabalhou o conceito de dolo e propôs que tal conceito retornasse às suas concepções de *dolus malus*. Criou a teoria socialista da ação junto Jescheck; o) **Hans Welzel** (1904-1977) patrono do finalismo; e questiona a ideia de valor, se a tipicidade sinônimo de crime depurando o método após o regime nazista, logo a tipicidade maior que matéria de proibição deveria ser o mais objetiva possível, pois possibilita a individualização da conduta. Para ele, tipicidade é tipicidade do injusto, pressupõe opção política do desvalor, logo a ação típica só pode ser completada com referência ao bem jurídico - desvalor do Resultado. Tem função ético-social de fomentar nas pessoas a violação ou exposição a perigo os bens jurídicos, resultando que é a violação ao bem jurídico integra o tipo de injusto.

Não resta dúvida que o caminho percorrido pelos citados estudiosos da ciência penal foi extenuantemente longo no que poderia justificar o apego incontido e resistente em manter os postulados do Direito Penal inalterados, todavia as novas necessidades apresentadas pela sociedade de risco justificam as mudanças metodológicas nas técnicas de abertura do tipo penal. É preciso mudar, o que não significa apagar ou por no limbo o Direito Penal clássico. Entendemos que as mudanças reclamam um “meio termo”, ou seja, demandam aplicar as novas técnicas legislativas com razoabilidade e ponderá-las com os preceitos da ciência penal originária. É com base na criação e evolução desta dogmática penal clássica, pautada em valores do sujeito individualizado e com bens jurídico-penais individualizados, que o Direito Penal econômico (como espécie) deve se harmonizar, o que não tem sido tarefa fácil.

Quanto aos aspectos históricos e jusfilosóficos da dogmática Penal econômica, tem-se que a sociedade de risco justifica a necessidade da técnica de abertura do tipo. Neste específico caso a proteção à relação de consumo no art. 7º, II, da Lei 8.137/90, o legislador

lançou mão do crime de perigo abstrato e a norma penal em branco, como elementos normativos. A aplicação do dispositivo demandará uma percuciente atividade judicante, pois caberá ao magistrado, em respeito ao Estado Democrático e Social de Direito, sopesar o caso *in concreto*, a quem assiste o Direito, pois de um lado tem o hipossuficiente consumidor e a proteção da relação consumeirista e do outro lado o comerciante, o empresário, o fabricante que desenvolve e fomenta a econômica do País.

No caso estudado, qual seja: vender ou expor a venda mercadoria em desacordo a determinação de lei, caberá ao magistrado aferir se tal conduta é ou não criminosa a partir da subsunção formal e material, trocando em miúdos, impende ao aplicador do Direito saber se a exposição ou a venda atingiu o bem jurídico meio (relação consumerista), assim como o bem jurídico fim (vida e integridade física do consumidor). Entendemos que o bem maior a ser protegido é a vida, assim como a integridade física do hipossuficiente, logo, caso não seja atingidos os respectivos bens jurídico-penais a aplicação do dispositivo fere o princípio da lesividade/ ofensividade, via de consequência, o mesmo se torna inconstitucional a depender de como será interpretado e aplicado.

Ainda, em razão da boa discussão interdisciplinar, entendemos que o Estado Democrático e Social de Direito para fins de tutela penal está trvestido de princípio da lesividade/ ofensividade, assim sendo, ao ignorar tal postulado, quando da análise do caso em apreço, surgirá pelo menos dois vícios de inconstitucionalidade: **o primeiro** é a contrariedade do próprio Estado Democrático e Social de Direito em si, que não comporta mais a mera subsunção formal, sem perquirir se houve agressão efetiva ao bem jurídico penal; **o segundo** é a falta de lesividade/ ofensividade como garantia de tal estado, ou seja, o cidadão não pode ser punido sem que haja subsunção material comprovada pela irrefutável agressão ao bem jurídico. Entendemos que a simples exposição e venda de mercadoria em desacordo legal não é suficiente para incriminar conduta sem que haja agressão à vida e integridade física do consumidor.

A sociedade atual, muito diferente daquela cujo contexto histórico se denominou iluminismo, fez com que o Direito Penal evoluísse. Nesta marcha e contramarcha ficou evidente que o norte da ciência penal mudou em conformidade as exigências, seja de ordem econômica, seja de ordem social, afetando com isso a classificação e escolha dos bens jurídicos que merecem a proteção da tutela jurídico penal.

O Direito Penal liberal, indubitavelmente, construído sob uma perspectiva de “sujeito e bem jurídico individual/ determinado”, precisou ser repensado, adaptado a partir das Grandes Guerras Mundiais e respectivas crises econômicas e sociais. Insistindo no sentido de que o Direito tem seu fundamento no homem e suas necessidades, mas o contrário é falso (*Ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi ius, ergo, ubi homo, ibi ius*), logo as mudanças na sociedade demandam, no que couber, mudanças no Direito Penal, em sendo assim, é pertinente o assunto abordado neste trabalho. A colaboração científica que se vislumbrou a partir deste estudo é no sentido de continuar provocando discussões em torno da resistência ao giro metodológico exigido pela sociedade de risco, diante da abertura do tipo penal, com uso de técnicas como a norma penal em branco e os crimes de perigo. O grande desafio é modernizar a ciência penal sem que para isso se anulem os postulados da dogmática clássica.

No mesmo diapasão, os crimes de perigo abstrato servem para tutelar direitos supraindividuais (relação de consumo – art. 7º, II, da Lei 8.137/90) que são justificáveis numa perspectiva sistemática constitucional/ penal, conforme os postulados do Estado Democrático e Social de Direito, bem assim o princípio da lesividade/ ofensividade como consectário da intervenção mínima (*ultima ratio*). A aceitabilidade sistemática só é possível quando, no caso *in concreto*, o perigo abstrato passar por uma criteriosa ponderação do judiciário no controle difuso de constitucionalidade capaz de evitar o denominado *delicta mere prohibita*, ou seja, delitos de mera proibição.

Reconhecer as novas exigências da sociedade de risco implica reconhecer o giro conceitual e metodológico desta ciência. Como já afirmamos, não significa abandonar todos os postulados do Direito Penal clássico, entendemos que implica adaptar as novas exigências, no que couber, ao dito Direito. Esta adaptação passa pela aceitabilidade dos elementos de abertura do tipo – norma penal em branco e perigo abstrato.

Não concordamos com o dualismo conceitual que ora se comenta em setores da doutrina, pois entendemos que o Direito Penal Econômico não tem autonomia diante do Direito Penal clássico, para além, tem-se que o melhor seria a adaptabilidade dos conceitos. Adaptar e tornar monista os conceitos passa, também, pelo crivo do princípio da taxatividade (consectário da legalidade), pois o excessivo uso da técnica de abertura do tipo via elemento normativo gera inconstitucionalidade por ofensa ao citado princípio.

Mesmo que nosso trabalho não tenha como ponto de problematização a (in)constitucionalidade (via controle preventivo pelo Poder Legislativo) do bem jurídico-penal

– relação de consumo, advertimos que todo cuidado deve ser considerado na elaboração penal dos tipos supraindividuais, sob pena de tornar este Direito um “mero simbolismo penal”, transigindo aos apelos da opinião pública muitas vezes deturpadas pela mídia e que passam a ser viabilizados pelos “gestores atípicos da moral”.

Concluimos que para fins de abertura do tipo penal econômico o uso do elemento normativo específico é aceitável à medida que não interfiram na matéria de proibição, ou seja, cabe ao legislador definir o elemento nuclear do tipo penal. A aceitabilidade do uso deste elemento normativo não implica que o mesmo deve ser usado com abuso, pois o excesso implica na inconstitucionalidade por ferir o princípio da taxatividade (que é decorrente da legalidade, princípio expresso na Constituição) ou *lex certa*.

Com relação à tutela penal do art. 7º, II, da 8.137/90, e, considerando que art. 7º, II, da Lei 8.137/90, quanto ao controle preventivo, entendemos ser o mesmo constitucional. Agora quanto ao controle repressivo no plano difuso, como já concluimos acima cabe ao magistrado uma percuciente análise tendo como norte o Estado Democrático e Social de Direito assim como o princípio da lesividade/ ofensividade. A complexidade social supera bastante a capacidade de prevenção e repressão penal, exigindo do aplicador do Direito um juízo criterioso em tal ponderação. Para que o dispositivo continue sendo constitucional há necessidade de pesar qual bem jurídico-penal (relação de consumo ou liberdade na atividade econômica) no caso específico deve prevalecer evitando com isso o caso do *delicta mere prohibita*.

## REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, Enrique R. **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1959.

\_\_\_\_\_. El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico. In: **Revista de ciencias penales, Instituto de ciencias penales**, Tercera época, n. 2, t. XXV, pp. 79-92, mayo-agosto, 1966.

AGUADO CORREA, Teresa. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999.

ALONSO. Esteban Juan Pérez. Las revoluciones científicas del derecho penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. In: Gonzalo Quintero Olivares. Fermín Morales Prats (Coord.). **El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Elcano** [Navarra]: Aranzadi, 2001.

AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz und Schutz der gesellschaft**. Frankfurt: Athenäum, 1972.

ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes contra as relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Manuel Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

\_\_\_\_\_. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Editora Coimbra. 2004.

ANTOLISEI, F. **Manuale di Diritto Penale**. P.S., II. [Milano]: Giuffrè, 2008.

\_\_\_\_\_. **L'azione e l'evento nel reato**. Milano: Giuffrè, 1994.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal**. t. III. Buenos Aires: Losada, 1951.

BACIGALUPO, Enrique (dir.). **Derecho penal económico**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Concepto y contenido del derecho penal económico. In: Santiago Mir Puig, *et al.* **Estudios de derecho penal económico**. Caracas: Livrosca, 2002.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1978.

\_\_\_\_\_. El derecho penal económico. Um estudio de derecho positivo español. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, [S.l.], ano MCMLXXIII, serie 1, n. 3, pp. 91-139, Enero-abril. 1973, p.93.

BASILE, S. **Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas**. Madrid: Civitas, 1981.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovção. In: **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, pp. 6-28, janeiro/julho 2009.

BECHARA. Ana Elisa Liberatore S. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: Alberto Silva Franco; Rafael Lira (Coord.). **Direito penal econômico: questões atuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. de Daniel Jiménez, Jorge Navarro e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

\_\_\_\_\_. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BELING Ernest Von. **Esquema de Derecho Penal. La doutrina del delito – tipo**. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Delpama, 1944.

BENDA, Ernest *et al.* **Manual de derecho constitucional**. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale – Parte Generale**. 12. Ed. Padova: Cedam, 1986.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**. Trad. Paulo da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, v. I.

**BÍBLIA SAGRADA** - Ave Maria. Trad. Monges de Maredsous (Bélgica), rev. Frei João José Pedreira de Castro, O.F.M. e equipe auxiliar da Editora. 70. ed. São Paulo: Ave Maria.

BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Traducción de Manuel Cancio Meliá; estudio preliminar de Germán Aller. Montevideo: BdeF, 2009.

\_\_\_\_\_. **Die Normen und ihre Übertretung**. t. I, 1. ed, 1872.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. “Ueber das Erfordeniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe der Verbrechenens”. **Archiv des Criminalrechts**. Halle: Schwetschte und sohn. 1934.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v. 1. 11. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BUJÁN PÉREZ, Carlos Martinez. **Derecho penal económico**. Parte geral. Valencia: Tirant lo Blanch, 1988.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. Significado Político-Constitucional do Direito Penal. In: Luiz Regis Prado (Coord.). **Direito Penal Contemporâneo**: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. A lei penal no tempo e no espaço. In: Ivan Luiz da Silva; Teodomiro Noronha Cardozo; Gamil Föppel. **Ciências criminais no século XXI**: estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2007.

\_\_\_\_\_. Legalidade e Cristianismo: Aproximação Hermenêutica. In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. O direito no pensamento romano. In: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRANDÃO, Cláudio R. C. B.. **Conceito de Direito Penal**. Disponível em <<http://www.faculdedamas.edu.br/site/artigo.php?id=1>>. Acesso em: 14 de outubro de 2011.

BRASIL. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7209.htm)>. Acesso em: 4 de junho

de 2012.

BRASIL. Lei ordinária Federal 7.491, de 16 de junho de 1986, define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)>. Acesso em: 4 de junho de 2012.

BRASIL. Lei ordinária Federal 1.521, de 26 de dezembro de 1951 que altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1521.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1521.htm)>. Acesso em: 6 de junho de 2012.

BRASIL. Lei ordinária Federal 11.343 de 23 de agosto de 2006, Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm)>. Acesso em: 4 de junho de 2012.

BRASIL. Lei ordinária Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 4 de junho de 2012.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em 4 de junho de 2012.

BRASIL. Lei ordinária Federal 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm)>. Acesso em: 4 de junho de 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Preâmbulo. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 4 de maio de 2012.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. Bogotá: Temis, 1994.

CARBONELL, Juan Carlos. **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal** - A (re) definição do conceito de culpabilidade: análise da obediência hierárquica no direito internacional penal e no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARVALHO, Salo de. Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTAÑÓN, José Manuel Paredes. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. In: Santiago Mir Puig, Juan *et al.* **Estudios de derecho penal económico**. Caracas: Livrosca, 2002.

CEREZO MIR, Jose. **Curso de Derecho Penal español**. Madrid: Tecnos, 1993.

CERVINI, Raúl. Derecho penal económico – concepto y bien jurídico. In: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (org.). **Direito penal econômico e da empresa: Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CICERO. **Tratado de la República. Tratado de las Leyes**. México: Catilnárias, 1991.

CHAVES DE CAMARGO, Antônio Luís. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

\_\_\_\_\_. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Madamentos, 2003.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: SAFE, 1991, v. 1.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. v. I. Coimbra: Almedina, dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Criminal**. v. II. Coimbra: Almedina, dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Introdução ao Direito penal económico. In: Eduardo Correia *et al.* **Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários**. v. I. Coimbra: Coimbra, 1998.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**: v. 1 – Parte Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra, 1992.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal**: curso completo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Nexo Causal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CRETELA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno**: introdução ao direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ, Flávio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. In: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (org.). **Direito penal econômico e da empresa**: Direito penal econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CRUZ, Jose Raimundo Gomes da. Júri de economia popular. In: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti(org.). **Direito penal econômico e da empresa**: Direito penal econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. **El Derecho Penal Español**. Parte General. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DEL VALLE, Carlos Perez. Introducción al derecho penal económico. In: Enrique Bacigalupo (diretor). **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. In: Anabela Miranda Rodrigues *et al.* **Direito Penal Económico e Europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998, v. III.

\_\_\_\_\_. DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 9, n. 33, jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. In: **Direito Penal Económico**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)**. Coimbra: Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_. **Delicta em se e delicta mere prohibita**. Coimbra: Coimbra, 2008.

DÍAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Edicusa, 1975.

Digesto, 1, 1, 1, §1º, Corpus Juris Civilis. Editio Stereotypa. Lipsiae: Sumtibus Baumgaertneri, 1856.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trotta, 2002.

DOHNA, Graf zu. **La ilicitude. La estructura de la teoria del delito.** Buenos Aires. 2006.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal:** escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Direito Penal Português.** Lisboa: Verbo, 1982.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1988.

FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de Derecho Penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRANCO, Alberto Silva; *et. al.* **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.** Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade:** Fundamentos do Direito Penal Moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. **As razões do Positivismo Penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência punitiva In: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (Coord.). **Princípio da legalidade:** da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal.** Traducción e y prólogo del doctor José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003.

GARCÍA PELAYO, M. **Estado legal y Estado constitucional de Derecho.** Madrid: Alianza Universidad, 1995.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal.** Tradução: José Carlos Gobbis Pagliuca; revisão e tradução: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal.** [S.l.: s.n.] Poder Judicial n. 28, 1986.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal:** não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico nullum crimen sine iniuria, função político-criminal e dogmática-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. **L'état**. Paris: Armand Colin, 1999.

GRACÍA MARTIN, Luis. **Fundamentos de dogmática penal**. Uma introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier: 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói: Impetus, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A problemática dos interesses difusos**. A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.

HASSEMER. Winfried. **Fundamentos de Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

\_\_\_\_\_. Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale. In: **Dei Delitti e Delle Pene**.n.1, ano II, gennaio-aprile, 1984.

HASSMER. W.; MUÑOZ CONDE. F. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirantlo Blanch, 1989.

\_\_\_\_\_.; \_\_\_\_\_. **La responsabilidad por el producto en el derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HEDEMANN, J. W. El derecho econômico. **Revista de Derecho privado**, XXVII, mayo 1943.

HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho** (el objeto protegido por la norma penal). Barcelona: PPU, 1991.

HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex Perfectus**: Função jurisdicional e estatuto Judicial em Portugal. 1640- 1820. Coimbra: Almedina, Julho de 2003.

\_\_\_\_\_. **A lei da liberdade**: introdução histórica ao pensamento jurídico. Épocas Medieval e Moderna. 1. ed. Cascais: Principia. Abril, 2001, v. 1.

\_\_\_\_\_. **O espírito das instituições**: um estudo de história do Estado. Coimbra: Almedina, fevereiro de 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1. t. II.

JESUS, Damásio E. **Crimes de trânsito**. São Paulo: Saraiva, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La ley el delito** – Principios de derecho penal. Bueno Aires: Sudamericana, 1967.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Losada, 1951.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A 1951.

JIMÉNEZ ASENJO, E. El nuevo derecho penal económico. **Revista de Derecho privado**. Madrid, 1950.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. **Digesto de Justiniano, liber primus**: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. – Prólogo Pierangelo Catalano. – 4. ed. ver. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

KALACHE, Mauricio. Direito Penal Econômico. In: Luiz Regis Prado (Coord.). **Direito Penal Contemporâneo**: Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962.

KINDHÄUSER, Urs Konrad. **Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ambito del derecho penal económico**. Traduzido por Fernando Molina Fernández. Hacia un derecho penal económico europeu: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado, 1995.

LEGAZ Y LACAMBRA. **Humanismo, Estado y Derecho**. Barcelona: Bosch, 1960.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal**. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História** – lições introdutórias. 3. ed. /2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2009.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1987.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito** – v. 1. Biblioteca Tempo Universitário, n. 75, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MANTOVANI, Ferrando. **Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale, Il diritto penale alla svolta di finemilennio**. Torino: G. Giappicheli, 1998.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale italiano**. Torino: UTET, 1950. v. I.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Bienes jurídicos intermedios e delitos de peligro**. Granada: Comares, 1997.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho Penal**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1.

\_\_\_\_\_. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. Ano IV. N. 15. Outubro/dezembro de 1966.

MAYER, Max Ernest. **Derecho penal** – parte general. Trad. Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: BdeF, 2007.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MERKEL, Adolf. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal**: parte general. Traducción de Pedro Dorado Montero. Buenos Aires, Montivideo, 2004.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: Parte General. Traducción de Dr. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, Julio de 1958.

MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: Bd F, abril de 2006.

\_\_\_\_\_. **El Derecho Penal em el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

MIRANDA, Jorge; MACHADO, Miguel. Constitucionalidade da proteção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 4, fasc. 4, outubro-dezembro de 1994, pp. 484-485.

MOMMSEN. Theodore. **El Derecho Penal Romano**. Madri: España Moderna, 1898.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

\_\_\_\_\_. Cuestiones dogmáticas básicas em los delitos económicos. **Revista Penal, Salamanca**, ano 1, no. 1, pp 70-71, [1997].

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes Garcia. **Derecho Penal**. Parte general. Valentia: Tirant to Blanch, 1988.

MUSCO, Enzo. **Bene giuridico e tutela dell'onore**. Milano: Giuffrè, 1974.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**: tese apresentada ao concurso de provas e títulos para provimento do cargo de professor Titular na área de direito constitucional, junto ao departamento de Direito do Estado da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: [s.n.], 2009.

NILO, Batista. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, pp. 6-28 janeiro/julho 2009

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi**. Disponível em: <[http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA\\_Luciano\\_-\\_Nao\\_fale\\_do\\_codigo\\_de\\_Hamurabi.pdf](http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA_Luciano_-_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf)>. Acesso em: 29 de outubro.

OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias. Os fundamentos da tutela penal antitruste. In: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (org.). **Direito penal econômico e da empresa**: Direito penal econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ONZÁLEZ MORENO, B. **El Estado Social**. Madrid: Civitas, 2002.

PALAZZO, F. C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.

PATALANO, Vincenzo. **Significato e limiti della dommatica del reato de pericolo**. Napoli: Eugenio Joveni, 1975.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PECES-BARBA, G. **Los valores superiores**. Madrid: Tecnos, 1986.

PEREIRA, Rui Carlos. **O dolo de perigo**. Lisboa: Lex, 1995.

PIERANGELLI, José Henrique. **A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a Constituição**. RT 684/318, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. **O consentimento do ofendido**: na teoria do delito. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Crimes de concorrência desleal. In: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (org.). **Direito penal econômico e da empresa**: Direito penal econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

PINHO, Demosthenes Maudreira de. **O valor do perigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho penal** – Parte general – Teoria jurídica do delito. Barcelona: Bosh, 2000, t. II, v. I.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal brasileiro** – parte especial arts. 184 a 288. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v.3.

\_\_\_\_\_. **Crimes contra o ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito penal ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. **Direito penal econômico**: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.

PLATÃO. **“Protagoras o de los sofistas”**. **Dialogos**. Mexico: Porrúa, 1993.

PRADEL, Jean. **Droit Pénal Économique**. Paris: Mémentos Dalloz, 1982.

QUINTANO RIPOLLÉS, A. Nueva dogmática del Derecho penal económico. **Revista de Derecho mercantil**, v. XVI, 1953.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Despenalização no direito penal econômico**: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?. **RBCCrim** n. 28, 1999.

\_\_\_\_\_. **Dos estados de necessidade**. São Paulo: Bushatsky, 1971.

\_\_\_\_\_. **Problemas penais concretos**. São Paulo: Malheiros, 1997.

RIGHI, Esteban. **Derecho penal económico comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

RIOS, Sánchez Rodrigo. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e do pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In: Alberto Silva Franco. Rafael Lira (Coord.). **Direito penal econômico**: questões atuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RIVAS, Nicolás García. **El poder punitivo en el estado democrático**. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.

ROCCO, Arturo. **L’oggetto del reato e dell tutela giurica penale**. Torino: Bocca, 1913.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODA, Juan Córdoba. **Una Nueva Concepción del Delito: La Doctrina Finalista**. Barcelona. [S.l.: s.n], 1963.

ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**. Problemas fundamentais de direito penal. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1993.

\_\_\_\_\_. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus et al. **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal**. Barcelona: Ariel, 1989.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

RUBIO, J. **Introducción al Derecho mercantil**. Barcelona: [s.n.], 1969.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SANCHEZ, Maria Isabel García de Paz. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.

SANDRONI P. **Novíssimo dicionário de economia**. 11. ed. São Paulo: Best Seller, 2002.

SELDON, Arthur; PENNANCE, F.G. **Dicionário de economia**. Trad. Nelson Vincenzi. São Paulo: Bloch, 1969, v. II,

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância do direito penal**. 1. ed. (ano 2004), 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito penal econômico e teoria da adequação econômica da conduta**. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Fernando Quadros da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (org.). **Direito penal econômico e da empresa: Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. trad. de Luiz Otavio de Oliveira Rocha 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. 170 anos de legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 1824 e no Código Criminal do Império. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 32, pp. 164-185, out./dez., 2000.

SIQUEIRA, Leonardo. Gênese da legítima defesa como ponto de união entre o direito romano e o direito canônico. *In*: Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas (Coord.). **História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOLER. **Derecho Penal argentino**, Buenos Aires: TEA, 1976, v. 1.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica** (de acordo com a lei 9.605/98). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RBCcrim, ano 18, n. 83, pp. 7-52, mar-abr., 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

TIEDMANN, Klaus. **Derecho Penal y nuevas formas de criminalidade**. (trad. Manuel Abanto Vásquez). Lima: Grijey, 2007.

\_\_\_\_\_. **Poder económico y delito**. Trad. Amélia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985.

\_\_\_\_\_. **Lecciones de Derecho Penal Económico**. Trad. Teresa Martín. Barcelona: PPU, 1993.

TOLEDO, F. de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a lei n. 7.209. de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

\_\_\_\_\_. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. **Derecho Penal. Parte general**. 3. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997.

VOCI, Pasquale. **L'errore nel Diritto Romano**. (R. Università di Roma – pubblicazioni dell'istituto de diritto romano dei diritti dell'oriente mediterrâneo e di storia del diritto, v. I) Milano: Giuffrè, 1937-XV.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica do Chile, 1970.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal alemán**. 12. ed. Chilena. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987

\_\_\_\_\_. **Das neue Bild de Strafrechtssysteme**, 4.ed. Berlin: [s.n.], 1961.

\_\_\_\_\_. **Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, in Festschriftgabe für Grünhut, Erinnerungs**. Marburg: [s.n.], 1965.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997.

\_\_\_\_\_. **El Nuevo Sistema de Derecho Penal: Una Introducción a la Doctrina de La Acción Finalista**. Barcelona: Ariel, 1964.

\_\_\_\_\_. **O novo sistema jurídico – penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad., prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo - Buenos Aires: BdeF, 2005.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal**. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho penal – Parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, novembro de 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Derecho Penal**. Parte General. Buenos Aires: Ediar. 2002.