

CONTROVÉRSIAS ATUAIS ACERCA DAS NORMAS PENAIS EM BRANCO⁷²

CURRENT CONTROVERSIES ABOUT THE CRIMINAL RULES "IN BLANK"

BRUNO TORRANO AMORIM DE ALMEIDA

Mestrando pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Direito Penal, Política Criminal e Criminologia no Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Bacharel em Direito pela PUC/PR. Advogado em Curitiba.

Sumário: 1. Breve histórico, definição e classificação das normas penais em branco. 2. A crítica criminológica e político criminal. São as normas penais em branco um convite à banalização do direito penal? 3. A duvidosa constitucionalidade. 3.1. Normas penais em branco próprias, heterogêneas ou stricto sensu. 3.2. Normas penais em branco impróprias, homogêneas ou lato sensu. 4. O conhecimento do injusto e a motorização legislativa nos crimes financeiros. 5. E quando há sucessão de normas complementares? 5.1. Generalidades: lei penal no tempo. 5.2 A retroatividade do complemento da norma penal em branco. 6. Conclusão. 7. Referências.

⁷² Trabalho apresentado originariamente ao Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC) como requisito para obtenção de título de Especialista em Direito Penal e Criminologia. Adaptado e revisado para publicação neste periódico.

RESUMO

O trabalho analisa as questões problemáticas que atualmente circundam o conceito de norma penal em branco. Inicia com as críticas criminológicas e político-criminais para depois verificar outros problemas: a questão da constitucionalidade, focando separadamente as leis penais em branco próprias e as impróprias; e os empecilhos de conhecimento do injusto que surgem na aplicação judicial. Por fim, analisa o problema específico da retroatividade da norma extrapenal complementadora.

Palavras-chave: Lei penal em branco. Constitucionalidade. Retroatividade. Aplicação judicial. Modernização do direito penal.

ABSTRACT

The article analyzes the problematic issues that currently surrounds the concept of criminal rules in blank. Begins with the criminological and politic-criminal critics and then verifies other problems: the constitutionality question, taking separately the proper and improper criminal rules in blank; and the embarrassments that the unknowledge of the disvalue of the conduct can bring to the judicial application. Finally, analyzes the specific problem of retroactivity of the extra-criminal complementary rule.

Keywords: Criminal rules in blank. Constitutionality. Retroactivity. Judicial application. Modernization of criminal law.

1 BREVE HISTÓRICO, DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS PENAIS EM BRANCO

Embora na grande maioria dos tipos penais o legislador elucide o conteúdo da conduta incriminada e estabeleça a ameaça da pena, coexistem no ordenamento jurídico normas penais cuja técnica legislativa lhes atribui preceito indeterminado. Nessas últimas, conhecidas como normas penais *em branco* justamente por dar ideia de incompletude, ou, ainda, de “um corpo errante em busca de sua alma” (BINDING), a leitura do tipo é insuficiente para compreender a incriminação e os seus efeitos, pois o suporte fático não é bem definido no momento da elaboração normativa⁷³.

As normas penais em branco são, portanto de composição indeterminada. Delineiam uma conduta, mas a valoração das circunstâncias em que tal conduta pode ser considerada antijurídica depende de outra norma constante no ordenamento jurídico ou na própria lei. Possuem um preceito principal, mas este, ainda que determine que o destinatário obedeça à lei, não possibilita a inteligência imediata do conteúdo da desobediência⁷⁴. Assim, são normas que se caracterizam por possuir uma *norma sancionadora*, na qual está certa a pena aplicada, enquanto remetem o conteúdo da incriminação a uma *norma complementar*. A lei só se completa e produz efeitos jurídicos com o acoplamento dessas duas normas⁷⁵, de modo que a norma extrapenal constitui *parte integrante* do tipo⁷⁶.

Na Alemanha, a função original das normas penais em branco foi de autorização ou de *delegação* de competência, pois atribuía aos estados e municípios alemães o preenchimento do suporte fático da lei penal promulgada pelo Império⁷⁷. Assim, a concepção primitiva de norma penal em branco – conhecida como *lei penal em branco própria, heterogênea ou em sentido estrito* – teve a ver com o deslocamento da reserva legal para atos do Poder Executivo, o qual podia dispor do conteúdo do tipo.

⁷³ CONDE, Francisco Muñoz; ARAN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 114.

⁷⁴ Ferrando MANTOVANI *apud* FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 77.

⁷⁵ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Derecho penal: parte general – fundamentos*. Madrid: Ramon Areces, 2009, p. 362.

⁷⁶ TIEDMANN, Klaus. *La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas*. in Revista Brasileiras de Ciências Criminas, n. 37, janeiro-março/2002, p. 73-97, p. 86.

⁷⁷ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Barcelona: Tecfoto, 1996, p. 33.

Somente mais tarde MEZGER⁷⁸ ampliou o conceito para abarcar duas novas possibilidades, criando, assim, as chamadas leis penais em branco *impróprias, homogêneas ou em sentido amplo*. Hoje, portanto, dependendo da técnica legislativa utilizada, existem três modos de remissão ao complemento normativo⁷⁹:

(a) a lei remete a outro preceito contido na própria lei penal. Exemplo: “*quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei*” (art. 5º da Lei nº 7.492/86);

(b) a lei se remete a outra lei distinta. Exemplo: “*em documento ou livro exigido pela lei fiscal*” (art. 1º, inciso II da Lei nº 8.137/90); e

(c) a lei se remete a uma disposição de hierarquia inferior como, por exemplo, um regulamento, portaria, instrução, etc. Exemplo: “*tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes*” (art. 2º, inciso VI, da Lei nº 1.521/51).

A classificação acima é conhecida como conceito *estendido* de norma penal em branco. A ela se contrapõem os conceitos *restritivo* e *intermediário*. O primeiro conceito sustenta que normas penais em branco são apenas aquelas que se remetem a regulações de hierarquia inferior. O segundo, seguido pela maior parte da doutrina espanhola⁸⁰, considera que normas penais em branco são aquelas que remetem seu complemento a outra norma, independentemente de ser de igual ou inferior hierarquia, excluindo do conceito, portanto, as leis que remetem a outros dispositivos de si mesma.

Contudo, correta é a observação de Enrique BACIGALUPO no sentido de que tal discussão carece de importância prática e que qualquer dessas classificações pode ser adotada sem maiores problemas⁸¹. Os resultados, ao fim e ao cabo, serão mais ou menos os mesmos, pois em qualquer caso o conceito mais problemático é aquele que remete o complemento normativo a uma lei *lato sensu* de hierarquia inferior. Por questões metodológicas, este trabalho utilizará o conceito estendido acima exposto.

⁷⁸ MEZGER, Edmundo. *Derecho penal: parte general, tomo I*. Buenos Aires: El foro, p. 154.

⁷⁹ DEVESA, Jose Maria Rodriguez; GOMEZ, Alfonso Serrano. *Derecho penal español: parte general*. Madrid: Dykinson, 1993, p. 188-189.

⁸⁰ MOLINA. Op. cit. p. 368.

⁸¹ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 158. Nesse sentido também MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral, volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 75.

2 A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA E POLÍTICO CRIMINAL. SÃO AS NORMAS PENAIS EM BRANCO UM CONVITE À BANALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL?

O primeiro estorvo que o conceito de norma penal em branco deve superar diz respeito ao seu essencial papel na legitimação do conceito moderno de Direito Penal. É, portanto, imprescindível ao entendimento deste complexo tema uma visão panorâmica, ainda que sintética, das questões criminológicas que rodeiam a problemática das leis penais em branco.

A história do Direito Penal está vinculada intimamente às condições políticas e econômicas da sociedade ocidental. O Direito Penal sempre foi consequência de complexos conceitos surgidos em realidades contingentes, e suas incriminações foram e são frutos da ideologia predominante em determinado contexto. CONDE/ARÁN afirmam com inteira justeza que

A determinação dos bens jurídicos a serem protegidos supõe uma valoração que, como tal, está condicionada historicamente. Os valores que em cada época o legislador submete à tutela penal dependem não só das necessidades sociais concretas, mas também, e quiçá em primeiro lugar, das concepções morais dominantes na sociedade⁸².

No início da Modernidade, sob o pressuposto liberal de que, sem a intervenção do Estado, o mercado poderia reger-se eficientemente por meio de leis naturais, de modo a assegurar o bem comum por meio de seu livre funcionamento, o Direito Penal teve a exclusiva missão de resguardar os bens jurídicos individuais (vida, integridade física, propriedade, honra, etc.) imprescindíveis à convivência social pacífica. Tais bens jurídicos eram selecionados sob critérios da chamada “Política Criminal racional”, fundada, entre outras coisas, na secularização do Direito Penal, na vinculação do poder punitivo à teoria contratualista do Estado e no princípio da legalidade⁸³. As criminalizações só eram legítimas se os outros meios não-oficiais (família,

⁸² CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 59-60.

⁸³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 102.

escola, grupos) e oficiais (direito civil e administrativo) fossem incapazes de resolver o conflito⁸⁴. Nesse período surgiram os princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade do Direito Penal, e o princípio da defesa social, que hoje é criticado por parte significativa da Criminologia:

A ideologia da defesa social (ou do 'fim') nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal⁸⁵.

Com a conhecida guinada social que questionava a abstenção do Estado e a prevalência de uma racionalidade econômica de mercado⁸⁶, foram semeados os novos discursos intervencionistas que disseminavam a urgente necessidade de igualdade material e a um direito universal de participar do bem-estar social⁸⁷. Previdência, educação, saúde, meio-ambiente, trabalho: uma gama infindável de novos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal pelo meio preventivo da cominação. O mote do discurso passou a ser a capacidade de dissuasão da pena criminal, que poderia tutelar *ex ante* os novos valores imprescindíveis à vida em comunidade.

Esse fenômeno de expansão do Direito Penal, portanto, corresponde à inserção dos elementos teóricos da modernidade no âmbito de proteção da norma criminal. No Brasil, o crescimento do intervencionismo estatal econômico foi inicialmente previsto na Constituição de 1934, com menções a normas de proteção à economia popular. Desde então, o número de tipos

⁸⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 84.

⁸⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41.

⁸⁶ Eric HOBBSBAWN (*A era das revoluções*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989) descreve com fidelidade a condição material dos trabalhadores das indústrias da Inglaterra da chamada "era das revoluções", aduzindo que o sistema de capital então vigente era proveitoso tão-somente a 2% da população. Entretanto, é ilusório considerar que esse cenário foi fruto puro e simples da abstenção do Estado no capitalismo primitivo e conseqüente acumulação do capital, como defendia Marx. Tem razão Ludwig VON MISES (*As seis lições*. 6.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998) quando afirma que a principal motivação radicava na herança das precárias condições econômicas anteriores à revolução burguesa.

⁸⁷ LAFER, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

penais reguladores de bens jurídicos difusos só fez crescer em todo o mundo. Isso foi acentuado na década de 1970, quando o Projeto Alternativo alemão levou à República Alemã notória tendência de incremento na criminalização de questões relacionadas à economia. A Constituição da República Brasileira de 1988 seguiu esse caminho e em diversos dispositivos invocou a criminalização de condutas lesivas a bens jurídicos difusos, dentre os quais o mais problemático parece ser o meio-ambiente.

É a modernidade entrando no Direito Penal e transformando seus conceitos clássicos em conceitos ligados ao risco imanente à sociedade moderna, nos termos de Ulrich BECK⁸⁸. *Sociedade de risco* porque deriva das consequências da modernidade avançada: desigualdade de distribuição de riquezas, conflitos de classes, tecnologia que cada vez mais desafia a experiência humana e cria os chamados “riscos permitidos” na convivência social, globalização, revolução sexual, etc. Tudo isso a desvendar que “a meta pretendida por uma sociedade de risco é um homem seguro em um mundo seguro”⁸⁹, mediante, pressupostamente, a supervalorização da prevenção geral negativa da pena.

Por evidência, esse fenômeno expansionista possui mecanismos técnicos e dogmáticos que legitimam a atuação do Direito Penal em áreas que outrora lhe eram estranhas. Assim, para além de “‘perigo’ em vez de ‘dano’; ‘risco’ em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico; ‘abstrato’ em vez de concreto; ‘tipo aberto’ em vez de fechado; ‘bem jurídico coletivo’ em vez de individual”⁹⁰, tem-se que as normas penais em branco são um dos meios mais difundidos e aceitos pela doutrina e pela jurisprudência para corroborar o entendimento criminal moderno.

Assim, visando de certa forma acuar esse movimento neocriminalizante, é importante desde já⁹¹ ficar claro que a utilização das normas penais em branco deve sempre exigir redobrada atenção não só por parte do legislador, que, ao elaborá-las, nunca deve utilizá-las como mero instrumento de punição ao não-cumprimento de exigências normativas do direito administrativo; mas

⁸⁸ Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 2002.

⁸⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36.

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 11. São Paulo: RT, 1995.

⁹¹ Essa questão será retomada quando forem abordados alguns problemas de constitucionalidade.

especialmente por parte do juiz, que deve efetuar o controle de constitucionalidade no mais amplo aspecto, verificando a existência de bem jurídico penalmente relevante, a possibilidade de conhecimento do injusto, o respeito ao princípio da legalidade em suas facetas material e de formalização no mundo jurídico, a proibição de analogia *in malam parte* e, principalmente, a compatibilidade dos conceitos empregados na norma penal em branco com os institutos clássicos do Direito Penal, os quais revelam sua coerência dogmática e normativa. Efetivamente, o desrespeito a essas recomendações significa desfigurar por completo o conceito de Direito Penal do modo que conhecemos, para nele inserir figuras que são incompatíveis com os seus institutos. Basta ver, hoje em dia, o notório esforço de diversos penalistas no sentido de trazer novos elementos para “adequar” o Direito Penal à complexa nova realidade que a ele subjaz. Realidade que, nas palavras da doutrina,

Obriga ao re-planejamento das estruturas de imputação construídas para sujeitos que atuam individual e isoladamente, as quais resultam insuficientes para determinar a eventual responsabilidade daqueles que atuam dentro de um determinado quadro organizativo ou empresarial⁹².

Assim, o primeiro problema essencial das normas penais em branco diz respeito à sua função legitimante de uma política criminal “de forte componente simbólico, que sobredimensiona as exigências da prevenção geral, e dá lugar à aparição de figuras delitivas de novo cunho infestadas de singularidades: imprecisa delimitação da matéria da proibição, presença desmedida de elementos normativos, sistemática antecipação da tutela penal e do momento consumativo do injusto, proliferação das figuras de perigo (abstrato e presumido), etc.”⁹³. De fato, conquanto, como se verá abaixo, considerá-las *inconstitucionais* seja evidente exagero, banalizadas do jeito que estão as normas penais em branco funcionam como “normas insolventes”, pois notoriamente não conseguem pagar à sociedade as reiteradas promessas de “salvação das gerações futuras”.

⁹² SANCHEZ, Bernardo Feijoo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Buenos Aires: B de F, 2009, p. 02 e ss.

⁹³ MOLINA, Antonio García-Pablos. *Derecho penal: parte general – fundamentos*. Madrid: Ramón Areces, 2009, p. 167-168.

3 A DUVIDOSA CONSTITUCIONALIDADE

3.1 NORMAS PENAIS EM BRANCO PRÓPRIAS, HETEROGÊNEAS OU *STRICTO SENSU*

Como visto acima, nos tempos do Código Penal do *Reich* da Alemanha havia a possibilidade do legislativo *delegar* a determinação final do suporte fático da lei penal. Hoje essa operação, por força do que dispõe a Constituição da República – e sobretudo por força do caráter normativo dos princípios –, é problemática, para dizer o menos. Respeitável setor minoritário da doutrina defende que as leis penais em branco chamadas de *próprias*, heterogêneas ou *stricto sensu* – remissão a atos administrativos, como portarias, regulamentos, etc. – incorrem em inofensiva ao princípio da legalidade e da tripartição dos poderes⁹⁴, pois configuram clara delegação da disposição sobre os entes punitivos a órgãos estranhos ao poder legislativo.

Como nas normas penais em branco coexistem dois preceitos – o principal e o acessório –, tanto um como outro integram a figura típica. Por isso, na hipótese de inexistir a lei complementar, não há como aplicar somente o preceito principal, ficando a lei penal em branco temporariamente inaplicável por carecer de elemento indispensável à configuração da tipicidade⁹⁵. Sendo a elaboração de normas penais competência exclusiva do Poder Legislativo, atribuir ao Poder Executivo o poder de disposição sobre o conteúdo e sobre a oportunidade e conveniência de editar o ato administrativo que compõe o preceito acessório acabaria por deslocar indevidamente a competência, lesionando a tripartição dos poderes. No final das contas, a competência regulamentar do Poder Executivo transforma-se, diz a doutrina crítica, em competência de dizer o conteúdo da proibição criminal.

Assim, seria evidentemente inconstitucional o tipo penal redigido da seguinte forma: “Vender o produto X por preço superior ao fixado na tabela

⁹⁴ Cf. ROSAL, Manuel Cobo del; ANTON, Tomas S. Vives. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 404.

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*, v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112. Assim, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “Lei penal em branco: aplicabilidade subordinada à vigência da lei extrapenal a que remete o tipo, do que resulta a atipicidade da conduta que lhe seja anterior” (Inq 1915, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2004, DJ 28-10-2004).

expedida por Y⁹⁶, onde Y geralmente é um órgão do Poder Executivo que tem poder de alterar a tabela de preços de acordo com as flutuações do mercado. Esse exemplo não é meramente retórico, pois disposição similar se vê no art. 6º, inciso I, da Lei nº 8.137/90⁹⁷.

Outro fundamento apontado para a inconstitucionalidade das leis penais em branco *próprias* diz respeito à função de garantia do princípio da legalidade. Desde o Iluminismo, a ideia deste princípio, que foi um dos pilares do liberalismo clássico, está relacionada com a derrota das tradições absolutistas e autoritárias. A lei, nesse sentido, é caracterizada como um ato normativo supremo que impede a imposição do “poder de exceção do rei e de sua administração”⁹⁸. No contexto atual, com os devidos reparos, o princípio da legalidade não foge dessa raiz, uma vez que “tem por escopo evitar possa o direito penal transformar-se em instrumento arbitrário, orientado pela conduta de vida ou pelo ânimo”⁹⁹.

Por mandamento do princípio da legalidade a Administração Pública está vedada, segundo seus juízos discricionários de oportunidade e conveniência, a dizer o que é penalmente proibido. Sem embargo, segundo a crítica, essa imposição não seria respeitada na lei penal em branco própria, notadamente no seu preceito acessório¹⁰⁰. A imposição da vontade da Administração ou de outros órgãos que não passaram pela investidura de garantia da Lei em matéria criminal seria sintomática do próprio conceito de ato administrativo, que presta à manifestação de providências *complementares à lei*¹⁰¹.

MIR PUIG, indo além, afirma que as leis penais em branco *próprias*, que remetem o conteúdo de suas incriminações a atos de hierarquias inferiores, acabam por resgatar a finalidade histórica primária de tais normas¹⁰². Reavivam o caráter *político* que lhes é peculiar, pois constituem a única maneira de delegar ao Executivo a possibilidade de dizer o que é ou não crime.

⁹⁶ Exemplo retirado de MESTIERI. Op. Cit. p. 75, que não compartilha da postura crítica.

⁹⁷ Art. 6º Constitui crime da mesma natureza: I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle. (...)

⁹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2007, p. 24.

⁹⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 169.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 116.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 378.

¹⁰² MIR PUIG, Op. cit. p. 34.

Foge-se, assim, à máxima de que qualquer incriminação, por questões de garantia, deve obedecer ao mandamento de reserva *legal*, e não de atos que são de hierarquia inferior.

A despeito de tudo isso, deve ser dito que a opinião que legitima a aplicação das normas penais em branco próprias é, com todo acerto, dominante na doutrina e jurisprudência.

JESCHECK/WEIGEND consideram que as leis penais em branco, mesmo que remetam sua norma complementar a um regulamento ou outro ato administrativo, estão autorizadas se a cominação penal estiver devidamente clara para o cidadão, de modo que não paire dúvidas acerca da conduta proibida¹⁰³. No Brasil, a doutrina historicamente dominante, com razão, não tem visto empecilhos constitucionais na aplicação dessa técnica legislativa desde que se respeite a clareza e precisão da conduta incriminada. Basta ver, nesse sentido, que João MESTIERI¹⁰⁴, Heleno Cláudio FRAGOSO¹⁰⁵, Luiz REGIS PRADO¹⁰⁶, Damásio de JESUS¹⁰⁷, Nelson HUNGRIA¹⁰⁸, entre vários outros autores, não objetam a utilização de normas complementares baseadas em regulamentos ou demais atos administrativos do Poder Executivo, que são apanágio das normas penais em branco *próprias*.

TIEDMANN, nesse sentido, enfatiza que

A razão do emprego da técnica de 'espaço em branco' radica fundamentalmente em que, ao estabelecer um marco de proibição penal, devem ser levadas em conta necessidades de regulação e alterações de circunstâncias no espaço e no tempo¹⁰⁹.

A alteração das normas complementares, nessa esteira, presta a evitar o engessamento do texto contido no tipo, o qual seria notoriamente incapaz de

¹⁰³ JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 118.

¹⁰⁴ Op. Cit. p. 75.

¹⁰⁵ Op. Cit. p. 106.

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1, parte geral, arts. 1º a 120*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 170.

¹⁰⁷ JESUS, Damásio Evangelhista de. *Direito penal, 1º volume, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 18-19.

¹⁰⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal, vol 1, tomo 1, arts. 1º a 10*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

¹⁰⁹ TIEDMANN, Klaus. Op. Cit., p.75.

regular situações temporárias. E não só: presta, sobretudo, à adequação das normas com aquilo de que somente setores especializados podem dispor.

O legislador não possui conhecimento técnico. Escolhe o bem jurídico a ser protegido pela norma penal em branco, mas lhe falta a sabedoria – e também a conveniência – para ir ao fundo do problema. Esse conhecimento geralmente é exercido por agências estatais, no sentido amplo, criadas especialmente para regular matéria de interesse público. São essas agências que têm a capacidade, ou melhor, a idoneidade intelectual para elaborar normas contingentes sobre economia, saúde, educação, meio ambiente, etc. Normas que podem, sem nenhum problema, compor o preceito secundário da norma penal incriminadora.

Mas a remissão ao complemento, conforme reconhecido pela jurisprudência alemã, só é legítima na hipótese de haver *previsibilidade na própria lei* acerca da disposição administrativa que colmata a incompletude do espaço em branco. Se o tipo penal descreve determinada e concreta conduta proibida e à norma complementar administrativa são legados *detalhes*¹¹⁰ sobre a conduta, imprescindíveis em virtude da complexa realidade subjacente que requer mudanças rápidas – a “legislação motorizada”¹¹¹ mencionada por MOLINA –, não há boas razões para considerar que há ofensa à tripartição de poderes ou à legalidade, em que pesem os importantes argumentos críticos. A rigor, trata-se exatamente do contrário: preserva-se a tripartição dos poderes mediante a atribuição ao Poder Executivo da regulamentação de certos preceitos necessários ao preenchimento dos espaços em branco da lei penal, de modo a reconhecer que essa tarefa é incompatível com o Poder Legislativo.

Exemplo eloquente da legitimidade da técnica de normas penais em branco *próprias* está contido na própria Constituição, quando dispõe que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (...) o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (...)”¹¹².

A definição infraconstitucional de tal norma, pelo princípio da proibição de proteção deficiente, encontra maior relevo no art. 33 da Lei 11.343/06¹¹³, que

¹¹⁰ Idem. p. 76.

¹¹¹ MOLINA. Op. Cit. p. 368.

¹¹² Art. 5º, XLIII, da Constituição da República.

¹¹³ 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:

se limita a proibir a realização das ações típicas “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Impossível seria imaginar a existência de um tipo penal que enumerasse todos os entorpecentes e drogas afins constantes no Anexo da Portaria SVS/MS 344/98¹¹⁴, ou, ainda, exigir que o art. 33 supracitado se encarregasse de tal tarefa. É competência da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), vinculada ao Ministério da Saúde, estabelecer e atualizar oportunamente a lista das substâncias proibidas de acordo com a evolução do entendimento técnico e social¹¹⁵.

Trata-se de atribuição clara de *detalhes* necessários para *elucidar* o conteúdo proibido, e não de *disposição* desse conteúdo, como afirma a doutrina crítica. A listagem das drogas proibidas é encargo da Administração Pública, mas sua alteração não interfere na conduta incriminada em si, que, entre outras condutas, é traficar drogas ilícitas. Podem, eventualmente, ao revés, ensejar a aplicação da *abolitio criminis* ou retroação da norma penal mais benéfica, conforme será visto.

O reconhecimento de que a legitimidade dessa técnica legislativa heterogênea é condicionada à atribuição de meros detalhes às normas extrapenais, como enumerações de doenças ou substâncias entorpecentes, variação de tabelamento de preços, etc., significa ao mesmo tempo questionar a validade de “quando a lei em branco contém a proibição de infringir determinado dispositivo de outra lei ou regulamento e neste é que se encontra todo o conteúdo da infração proibida”¹¹⁶. Nesse caso há de se dar razão à doutrina crítica no sentido de que há efetivamente lesão à tripartição dos poderes, pois quem diz o *conteúdo* da norma penal é órgão que não possui competência constitucional para tanto.

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

¹¹⁴ Para postura corretamente crítica quanto aos crimes de drogas, cf. HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. Ainda, SPOONER, Lysander. *Vices are not crime*. Disponível em <http://mises.org/books/vicescrimes.pdf> - acesso em 07 de janeiro de 2011.

¹¹⁵ Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1o desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS no 344, de 12 de maio de 1998.

¹¹⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral, tomo 1*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 190-191.

Chega-se, portanto, à abalizada conclusão de Manoel Pedro PIMENTEL, citado por Luiz REGIS PRADO, de que

A principal vantagem da norma em branco é a estabilidade do dispositivo principal, emanado de autoridade legislativa de maior categoria através de moroso e complicado processo. As mutações impostas em razão do tempo e do lugar se fazem por meio de atos legislativos mais simples, de fácil maleabilidade, como é o caso da alteração da tabela de preços, dependente de mero ato administrativo e não do laborioso sistema de edição de lei ordinária¹¹⁷.

Assim, “a técnica das leis penais em branco [próprias] pode ser indesejável [do ponto de vista criminológico], mas não se pode ignorar que é absolutamente necessária em nossos dias”¹¹⁸, obviamente, se usada com necessária parcimônia e virtude. Recorrendo à lição de SOLER¹¹⁹, pode-se dizer que nos casos em que o complemento extrapenal não tem função repressiva, mas tão-somente regulamentar, não há que se falar em delegação indevida de competência¹²⁰.

Embora o uso descompromissado seja criminológica e político-criminalmente questionável, as normas penais em branco próprias, portanto, não encontram na Constituição da República empecilho ao seu uso. Deve-se, isso sim, fazer coro à voz da doutrina de que essa técnica deve ser usada sem abusos, ou seja, da forma mais racionalizada possível, com contundente ação da jurisdição constitucional quando haja afronta às garantias dadas pelos princípios constitucionais.

3.2 NORMAS PENAIS EM BRANCO IMPRÓPRIAS, HOMOGENEAS, OU LATO SENSU

A princípio, uma lei penal em branco que remeta sua complementação a outro dispositivo interno ou, ainda, a outra lei de mesma hierarquia (as chamadas leis penais em branco *impróprias*, homogêneas, ou *lato sensu*),

¹¹⁷ Op. cit. p. 170.

¹¹⁸ Carbonel Matteu *apud* FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Op. cit. p. 78.

¹¹⁹ SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino, volume 1*. Buenos Aires: TEA, 1978.

¹²⁰ JESUS. Op. Cit. p. 19.

pode ser considerada constitucional sem maiores problemas. Afinal, seria incompreensível que o legislador penal tivesse de repetir no tipo legal disposições já emanadas pelo Congresso Nacional em outras leis de mesma hierarquia. Essa hipótese ocorre, por exemplo, no art. 237¹²¹ do Código Penal, cuja matéria de impedimento do casamento é regulada pelo Código Civil e, nem por isso, há afetação do princípio da legalidade¹²².

Todavia, o respeito às formalidades da legalidade não é o único aspecto a ser considerado na análise da constitucionalidade da norma penal em branco. Essa deve ser uma conclusão tomada caso a caso, porque, ainda que se trate de leis penais em branco *impróprias*, pode haver lesão aos demais princípios limitativos do poder de punir.

Nesse passo, ZAFFARONI afirma que “Tais leis serão constitucionais na medida em que o complexo resultante de ambas normas [complementar e sancionadora] não viole algum dos outros princípios limitativos a que faz referência (estrita legalidade, proibição de analogia, não retroatividade, etc.)”¹²³.

JESCHECK/WEIGEND afirmam corretamente que “o legislador não deveria tentar jogar sobre o Juiz, mediante o emprego de conceitos pouco nítidos, sua responsabilidade na delimitação do comportamento punível”¹²⁴. Também FERRAJOLI tem razão quando afirma categoricamente que o princípio da *estrita* legalidade prescreve ao legislador o “uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos processualmente comprovados”¹²⁵.

Sobre o assunto, a lição de ROXIN¹²⁶ é lapidar:

Um preceito penal que tivesse o seguinte teor: ‘o que infringir o bem comum de modo intolerável, será castigado com pena de prisão de até cinco anos’, converteria em supérfluos múltiplos parágrafos do StGB, mas seria um preceito nulo, já que não

¹²¹ Art. 237 - Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena - detenção, de três meses a um ano.

¹²² O exemplo é de FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. Op. cit. p. 79.

¹²³ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR. Op. Cit. p. 116.

¹²⁴ JESCHECK/WEIGEND. Op. cit. p. 138.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 305.

¹²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, tomo 1*. Madrid: Civitas, 2001, p. 141.

permite reconhecer que características há de ter a conduta punível.

Assim, poderá ocorrer o caso da norma ser inconstitucional em decorrência, por exemplo, de sua obscuridade.

Claro, em tempos de pós-positivismo e de abertura pragmática da linguagem, isto é, com a reconhecida distinção ontológica entre texto e norma promovida principalmente pelas contribuições intelectuais de Friedrich MÜLLER¹²⁷, alguns esclarecimentos são imprescindíveis.

Como se sabe, MÜLLER opõe-se explicitamente ao entendimento cerrado do direito presente em Hans KELSEN ao consignar que a norma jurídica possui dois elementos necessários: o programa normativo, ou seja, o enunciado abstratamente previsto, e o âmbito da norma, ou seja, o caso concreto a partir do qual a norma será construída, ou, ainda, a área em que a norma deve ser identificada empiricamente. A norma é, desse modo, sempre produto da interpretação e nunca está contida inteiramente nos textos legais. A norma, engenho das especificidades do concreto, reconstrói-se em cada caso decidendo.

Poder-se-ia indagar, nesse sentido, se o fato de a interpretação mediar necessariamente texto e norma não conduziria a valorações indevidas de elementos tradicionalmente classificados como “objetivos” nos tipos legais, isto é, referentes por excelência a fatos perceptíveis pelos sentidos. E se, como questiona FERRAJOLI, valorações sobre esses elementos objetivos não constituiriam evidente menoscabo ao princípio da estrita legalidade, o que acabaria por correr as garantias constitucionais relacionadas ao contexto. A resposta a essas questões é negativa.

A filosofia da linguagem e a hermenêutica filosófica talvez tenham sido as duas maiores contribuições à reestruturação dos problemas metafísicos. Qualquer atividade do jurista requer interpretação, pois esta é uma condição de possibilidade, é o meio pelo qual, concomitantemente, se *chega ao* e se *limita o* conhecimento.

¹²⁷ Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Como diria Michel VILLEY¹²⁸, a linguagem condiciona o pensamento. Mas dessa abertura interpretativa não há que se deduzir errôneas conclusões de abertura na própria aplicação do direito. Muito pelo contrário. A releitura do princípio da legalidade, tão caro ao proceder democrático, é muito mais sólida a partir das impositões da pragmática do que na leitura tradicional de um suposto sentido implicado no próprio texto, que inadmite, portanto, valorações.

PALOMBELLA explicita os dois *vínculos* da linguagem que permitem chegar a um *núcleo de significado* compatível com a perenidade característica dos tipos legais e necessária à segurança jurídica:

O primeiro vínculo que parece ser reconhecido em todos os casos é representado pela indedutibilidade de um significado qualquer a partir da mesma expressão textual: que, se não decorre do significado “próprio” das palavras, muito menos se deduz do significado corrente nos âmbitos linguísticos relevantes, o técnico-jurídico e o ordinário, comum; um segundo vínculo é dado em termos de conteúdo ou de valor pelas convicções próprias da sociedade, que funcionam geralmente como contrapeso às extrapolações do intérprete, e assim por diante. Em virtude desses vínculos, os enunciados normativos jurídicos acabam, com efeito, por dar lugar a um núcleo de significado relativamente constante, podendo ser descritos e compreendidos de um modo que reduz a probabilidade de ambiguidade (consistente na normal atribuição de mais de um significado ao texto), com tendência também ao aumento de sua certeza (ou seja, à redução máxima possível de sua vagueza)¹²⁹.

De modo que à medida que se tenta, pela linguagem, quebrantar a “obscuridade” ou “vagueza”, há um afastamento natural da obsoleta tese da “desnecessidade de interpretação diante da “clareza” do texto (*in claris non fit interpretatio, interpretatio cessat in claris*), “porque é impossível mesmo a nível linguístico, porque é errada a nível exegético, sobretudo porque é inaceitável a nível normativo”¹³⁰. Por isso, afirmar que a linguagem utilizada deve ser *clara* quer dizer que os termos devem ser comumente aceitos no seio social, nos

¹²⁸ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martin Fontes, 2007, p. 11.

¹²⁹ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 282-283.

¹³⁰ NEVES, Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 16.

limites estritos da prática da comunidade, isto é: nem muito técnicos, nem muito rebuscados e, em se tratando de direito penal, nem muito “abertos”.

Mas não só a linguagem utilizada para delimitar a conduta incriminada deve ser a mais clara possível. Também deve ser facilmente compreensível a que norma jurídica o legislador remete o intérprete para determinar o que é incriminado, sob pena de tornar meramente retóricas as garantias que oferece o princípio da legalidade.

4 O CONHECIMENTO DO INJUSTO E A MOTORIZAÇÃO LEGISLATIVA NOS CRIMES FINANCEIROS

A remissão da norma penal em branco a preceitos complementares que integram o tipo penal fomenta um contra-argumento de desconhecimento do injusto, notadamente na categoria das leis em branco heterogêneas. Embora não se trate do tema central do trabalho, algumas considerações devem ser feitas quanto ao conceito de culpabilidade que se adota.

O delito é analiticamente dividido em duas partes igualmente relevantes: primeiro, o *injusto penal* (tipicidade mais antijuridicidade), como o âmbito de realização do fato, isto é, da exteriorização da vontade do agente revestida de tipicidade e antijuridicidade; e a culpabilidade, formada pelo conjunto de requisitos normativos para que a pessoa que cometeu o fato antijurídico descrito no tipo possa ser considerada responsável perante o direito.

Assim, a *culpabilidade* pode ser considerada como a possibilidade normativa de reprovação do sujeito pela prática do injusto. Fundamenta-se na capacidade de *autodireção* do indivíduo biologicamente desenvolvido e em estado de normalidade psíquica. Autodireção que deve ser entendida nos seus devidos termos. Na verdade, é bem de se notar que a responsabilidade penal não pode ser fixada como consequência de um indemonstrável livre-arbítrio do ser humano. Não há no mundo solipsismo. Muito ao revés, há leis morais, expectativas de condutas, valores, e uma série de outros fatores que permitem questionar até que ponto o agir advém de um livre-arbítrio puramente individual. É, portanto, pelo princípio da alteridade, isto é, tendo em vista que o indivíduo não basta em si mesmo, mas antes de mais nada está inserido num contexto de sociabilidade com outros indivíduos, que deve ele reger-se conforme as normas de direito que visam evitar o dano ou perigo de dano ao

outro. Afinal, nos diria Philip PETIT, a liberdade só pode ser entendida como *adequação para ser considerado responsável*, pois “é só dentro da prática de considerar as pessoas responsáveis que podemos dominar o conceito de liberdade de uma forma não-parasitária”¹³¹.

As palavras de CIRINO DOS SANTOS são precisas:

O homem é responsável por suas ações porque *vive em sociedade*, um lugar marcado pela existência do *outro*, em que o sujeito é, ao mesmo tempo, *ego* e *alter*, de modo que a sobrevivência do *ego* só é possível pelo respeito ao *alter* e não por causa do atributo da liberdade de vontade¹³².

Daí dizer-se que o crime é um injusto (fato) culpável (agente). Mesmo que haja produção de resultado jurídico típico e antijurídico, não haverá delito se o agente não reunir em si condições para a atribuição do fato. Ao agente só poderá ser imputada a culpa, isto é, o agente só poderá ser *reprovado* juridicamente caso ele esteja em condições de normalidade psíquica que não implique restrições a sua liberdade de vontade e consciência (imputabilidade); caso dê conta de que seu comportamento é proibido pelo direito (consciência do injusto); e caso haja exigência de comportamento conforme a norma (dirigibilidade normativa).

É elementar que a posição da imputabilidade e do conhecimento do injusto penal na culpabilidade advém do corte finalista (WELZEL) entre dolo, representado pela consciência atual e pelo *querer realizar* os elementos do tipo objetivo, e liberdade de ação – comumente denominada *liberdade* de vontade e consciência, ou, ainda mais precisamente, dolo livre. Hoje o princípio de culpabilidade se decompõe em *nullum crimen sine culpa*, que denota a impossibilidade de punir um fato que não seja ao menos revestido da modalidade culposa, sendo analisado no tipo penal; e em condição de reprovabilidade do autor do fato, verificado na última fase do conceito analítico de crime, aspecto que aqui interessa¹³³. Igualmente basilar é que essa

¹³¹ PETIT, Philip. *Teoria da liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 44.

¹³² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 283.

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 609.

distinção importa no reconhecimento de dois tipos diferentes de *erro*, entendido como representação falseada de uma realidade: o *erro de tipo* incide sobre as elementares do tipo objetivo; o *erro de proibição* incide sobre a *punibilidade do fato*, isto é, ante o desconhecimento de infração a uma lei penal¹³⁴.

Conforme ensina JESCHECK/WEIGEND,

A consciência do injusto vem, assim, a erigir-se no núcleo central da reprovação de culpabilidade, posto que a resolução de cometer o fato, adotada com pleno conhecimento de sua contrariedade à norma jurídica, evidencia, do modo mais claro possível, a deficiência de uma atitude jurídica interna¹³⁵.

A excêntrica complexidade e especificidade de algumas normas penais em branco existentes no ordenamento brasileiro enseja uma confusa realidade que é suficiente para preencher os requisitos de diminuição ou total exclusão da culpabilidade do agente, quando se tratar, respectivamente, de erro de proibição seja evitável ou de erro de proibição inevitável.

Bons exemplos dessa problemática encontram-se positivados na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86). A disposição do art. 22, caput, da referida lei¹³⁶ (crime de evasão de divisas) fala em “Efetuar operação de câmbio *não autorizada*”, remetendo a análise do intérprete à autorização administrativa que o Banco Central do Brasil (BACEN) emana por meio de Circulares periódicas.

Também servem como parâmetro de crítica as normas complementares ao art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 que delimitam o dever jurídico de agir dos operadores de câmbio¹³⁷.

O mais impressionante é ver a complexidade e a motorização das circulares que são expedidas pelo BACEN. O nível de especialização para se

¹³⁴ Sobre as diversas teorias sobre o objeto do conhecimento do injusto, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 300-302.

¹³⁵ JESCHECK/WEIGEND. Op. Cit. p. 486.

¹³⁶ Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

¹³⁷ Assim: art. 23 da Lei n. 4.131/62, Resoluções nº 1.542/88 e 1.552/88, Cartas Circulares nº 2.231/92, 2.563/95, 2.730/96, 2.836/98 e 3.234/04.

chegar a um conhecimento mais ou menos seguro acerca da proibição do tipo é tão alto que até juízes, promotores, e advogados não raramente se confundem e se equivocam nos processos. Com propriedade lecionam SCHIMIDT/FELDENS:

Mesmo para profissionais que atuam no mercado de câmbio, os limites da licitude de algumas operações, muitas vezes, é bastante confuso. Também no meio jurídico a compreensão das normas cambiais é instável, não sendo raros os casos em que diversos Tribunais brasileiros chegam a decisões absolutamente dispares acerca da licitude da mesma operação de câmbio¹³⁸.

A despeito de tudo isso, e inexplicavelmente, tímido tem sido o reconhecimento, por parte dos tribunais, dos erros de proibição evitáveis – e muito menor ainda, é elementar, dos inevitáveis.

Nos crimes financeiros, o mero fato de o acusado atuar no ramo empresarial que é objeto de proteção jurídico-penal é insuficiente para a presunção de que tem conhecimento do injusto, ou, ao menos, que tinha modos para ter tal conhecimento. Obviamente, o argumento de se tratar de “pessoa instruída” e “dirigente de um empreendimento” pode ser válido quando embasado pelas provas colacionadas aos autos, que demonstrem atuação contundente na área de conhecimento representada pelo tipo penal. Mas jamais pode se tornar um dogma que sirva para colocar em pé de igualdade todo e qualquer empresário, como se, pelo simples fato de ter uma empresa e possuir algum título superior fosse sinônimo de conhecimento potencial, por exemplo, da locomotiva supersônica de circulares do BACEN. Cabe, ao menos, e como *regra*, um erro de proibição evitável, com necessária redução da culpabilidade. A nosso sentir, a análise desse critério de redução deve corresponder mais à natureza espantosamente volátil da norma proibitiva do que à condição de instrução do agente. Afinal, como se disse, até advogados, magistrados e membros do Ministério Público especializados nessas áreas, mesmo após anos de rigorosos estudos, não raramente se confundem.

¹³⁸ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas. A Tutela penal do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 190.

Disso resulta que, se é verdade que as normas penais em branco *próprias* não ofendem à legalidade e à tripartição dos poderes, também o é que a aplicação das normas mais intrincadas deve dar ensejo a uma sucessão considerável de reconhecimentos de erros de proibição, pois a grande maioria das pessoas não tem capacidade para discernir a linguagem técnica e a revoltosa sequência de edições e revogações das circulares, portarias, instruções normativas, etc. que compõem o preceito complementar.

5 E QUANDO HÁ SUCESSÃO DE NORMAS COMPLEMENTARES?

5.1. GENERALIDADES: LEI PENAL NO TEMPO

A sucessão das leis no tempo é consequência lógica da dinâmica das relações sociais e da conveniência política. Um fato cuja regulamentação interessa hoje ao Direito pode não mais interessar no futuro por inúmeros motivos, tudo a depender da valoração realizada pelos legisladores no período histórico considerado. Nada mais natural, pois, que as normas evoluam e sejam substituídas de acordo com a ordem de valores que opere no seio social¹³⁹.

Com o objetivo de resguardar a segurança jurídica e garantir que os padrões de conduta reitores da vida em sociedade sejam conhecidos pelos destinatários das normas¹⁴⁰, formulou-se historicamente o chamado princípio da não-retroatividade da lei. Tal como ocorre com as leis do direito civil, no Direito Penal a regra é que a lei só pode surtir efeitos durante a sua vigência¹⁴¹, sendo vedada a sua retroatividade ou a ultra-atividade. Vale aqui, portanto, a regra do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe que “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

¹³⁹ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 143.

¹⁴⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral – Tomo I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 247 e ss.

¹⁴¹ Lembre-se o alerta de FRAGOSO: “Para sabermos se uma lei é posterior a outra não importa a data de sua promulgação ou publicação, mas a data de sua efetiva vigência” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 102).

Conforme acentua MAURACH/ZIPF¹⁴², a proibição de aplicação retroativa é princípio fundamental do Direito Penal e tem por origem dois aspectos diferentes.

O primeiro, concernente ao direito público, liga-se à necessidade de se reconhecer uma esfera individual livre de intervenções estatais, de modo que ninguém seja surpreendido com cominações de penas *ex post facto*.

O segundo, relativo à política criminal, registra que aplicar uma pena criminal retroativamente não consegue atuar preventivamente – prevenção geral –, pois no momento do fato inexistente regramento jurídico. Além de tudo isso, uma norma penal aplicada retroativamente não prestaria à compensação de culpabilidade, que é fundamento do próprio sistema constitucional criminal.

143

A proibição de retroatividade alcança qualquer modificação que seja prejudicial ao indivíduo, seja ela referente à norma de conduta ou à quantidade de pena. Isso pode ocorrer de diversas maneiras, entre as quais se citam as seguintes: a) pela criação de normas penais novas; b) pela extensão das já existentes; c) pela supressão ou restrição de causas de justificação; d) pelo endurecimento dos preceitos acessórios das leis penais em branco¹⁴⁴.

Mas a Constituição da República¹⁴⁵ e o Código Penal¹⁴⁶ descrevem importante exceção ao “princípio fundamental” (MAURACH/ZIPF) da irretroatividade das leis penais: este é inaplicável quando a lei posterior for de alguma forma mais benéfica ao réu. Defronta-se com lei penal mais favorável (*lex mitior*) toda vez que haja mitigação ou extinção de alguma sanção ou encargo legal, resultando em situação mais favorável ao caso concreto.

Assim, a lei deverá retroagir quando cominar “a) pena menor, no caso de penas iguais; b) pena menos grave, no caso de penas diferentes; c) substitutivos penais com prazo menor, ou sob condições mais favoráveis; d) regime de execução menos rigoroso etc”¹⁴⁷. Tal operação, entretanto, deverá

¹⁴² MAURACH Reinhart; ZIPF, Reinz. *Derecho penal: parte general – 1*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p. 196.

¹⁴³ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal, volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 151-152.

¹⁴⁴ STRATENWERTH, Gunther. *Derecho penal: parte general, I*. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 84.

¹⁴⁵ Art. 5º, XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

¹⁴⁶ Art. 2º, parágrafo único – A lei posterior que, de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

¹⁴⁷ SANTOS. Op. Cit. p. 49.

ser feita com a comparação de leis diferentes, e não com a combinação de leis sucessivas¹⁴⁸.

Por fim, as leis temporárias e as leis excepcionais, previstas no art. 3º do Código Penal¹⁴⁹, são normas de exceção incidentes em fenômenos contingentes e anormais. As leis penais excepcionais são aquelas que limitam sua presença temporalmente em virtude de alguma circunstância ou fato excepcional. As leis penais temporárias, ao revés, possuem no seu próprio texto o seu tempo de vigência, sendo elaboradas para um período certo, independentemente da existência de circunstância extraordinária. O problema, aí, é saber como age a sucessão de normas penais no tempo.

Nas palavras de CIRINO DOS SANTOS,

Respeitável teoria minoritária rejeita o atributo de ultra-atividade das leis penais temporárias ou excepcionais em prejuízo do réu, sob o argumento sistemático convincente da natureza incondicional da exceção constitucional de retroatividade da lei penal mais favorável (art. 5º, XL), com a invalidação do art. 3º, do Código Penal, que não teria sido recepcionado pela Constituição da República de 1988¹⁵⁰.

Mas a doutrina majoritária, aqui seguida, confere-lhes *status* de constitucionalidade e admite a *ultra-atividade* por considerar que o fator de *temporiedade* é ínsito ao tipo criado. Rigorosamente, eventual lei posterior mais benéfica não pode ser chamada de *Lex mitior*, “que só existirá, efetivamente, se abranger no seu conteúdo normativo não só a conduta mas também as circunstâncias anômalas da lei excepcional ou temporária, que se acrescentam à ação para torná-la punível ou agravar a sanção”¹⁵¹.

¹⁴⁸ Nesse sentido: FRAGOSO, Op. Cit. p. 107.

¹⁴⁹ Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência

¹⁵⁰ Op. cit. p. 52.

¹⁵¹ BITENCOURT. Manual... Op. Cit. p. 111.

5.2 A RETROATIVIDADE DO COMPLEMENTO DA NORMA PENAL EM BRANCO

Há quem entenda que o complemento da norma penal nunca pode retroagir, mesmo que minimize os efeitos penais do interessado¹⁵². Há também aqueles que entendem que o complemento posterior mais benéfico deve *sempre* retroagir¹⁵³, seja quando haja mudança de valorações jurídicas, seja quando haja mudanças somente nas circunstâncias fáticas. Segundo Juarez CIRINO DOS SANTOS, a lógica dessa proposta é a seguinte:

Se o tipo de injusto não existem sem o complemento legal ou administrativo – e o Poder Legislativo, independentemente da inconstitucionalidade da delegação de poderes, autoriza a edição do complemento da lei penal, por outra lei ou por ato administrativo –, então o complemento é elemento do tipo de injusto e, na hipótese de complemento posterior mais favorável, retroativo¹⁵⁴.

Em ponto intermediário a essas duas teses, há aquela que diferencia alterações legislativas posteriores em mudanças de circunstâncias fáticas ou mudanças de valoração jurídica. Limitam, assim, a possibilidade de retroação a hipóteses em que o complemento descreva novas valorações jurídicas dos componentes do tipo, mas não às situações em que persista a carga de reprovabilidade da conduta praticada sob a regência da redação anterior.

Para essa corrente, meras alterações de circunstâncias fáticas não retiram a necessidade preventiva de pena, isto é, a conduta praticada sob o prisma da lei anterior continua lesiva ou perigosa a um bem jurídico protegido pelo ordenamento independentemente da mudança legislativa subsequente¹⁵⁵. Na lição de SOLER, não haveria no caso alteração na essência da proibição

¹⁵² Cf. HUNGRIA, Op. cit.; MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal, v. 1*. São Paulo: Saraiva, 1965. /MESTIERI, Op. cit.

¹⁵³ Cf. GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980 e COSTA JR. Paulo José da. *Comentários ao código penal: parte geral, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 10.

¹⁵⁴ SANTOS. Op. cit. 51.

¹⁵⁵ PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Curso de derecho penal: parte general, I*. Madrid: Universitas, 1996, p. 192.

abstrata do Direito Penal¹⁵⁶. No Brasil, esse posicionamento é defendido com mais notoriedade por JESUS e MIRABETE. Nas palavras deste último,

Só tem importância a variação da norma complementar na aplicação retroativa da lei penal em branco quando esta provoca uma real modificação da figura abstrata do direito penal, e não quando importe a mera modificação de circunstância que, na realidade, deixa subsistente a norma penal¹⁵⁷.

Desse modo, como ensina LUZÓN PEÑA, “não quedaria impune p. ex. uma falsificação de determinado tipo de cédula considerada moeda neste momento, se mais tarde tais cédulas deixassem de ser moeda legal por uma mudança normativa posterior”¹⁵⁸. A falsificação de moeda, nesse caso, independente da *espécie* legalmente aceita em determinado período histórico, constitui conduta que *por si só* põe em risco o bem jurídico da fé pública. A mudança de moeda, nesse caso, é mera alteração no mundo dos fatos que não representa alteração na valoração jurídica da reprovabilidade da conduta.

Por outro lado, imagine-se que hoje ocorra um atropelamento e que a vítima venha a falecer em virtude do choque. Se amanhã a sinalização do local ou o sentido da rua for mudado pela regulamentação de trânsito, essa conduta deveria ser punida? Se um cidadão fraudasse o uso de privilégio de invenção concedido a outrem, a passagem da patente ao domínio público desconstituiria o fato punível¹⁵⁹?

Segundo a tese defendida por LUZÓN PEÑA e, ao que parece, pela maior parte da doutrina alemã, não haveria que se cogitar nesses casos de retroação do complemento em tese mais benéfico, uma vez que não há transformação no núcleo dos injustos, que, a exemplo da época dos fatos, persistem com o mesmo teor de reprovabilidade no ordenamento. Trata-se, aqui, de mera mudança nas circunstâncias fáticas, e não normativas, como ocorreria na descaracterização do injusto.

¹⁵⁶ SOLER. Op. cit. p. 192-193.

¹⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabrinni. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2003.

¹⁵⁸ PEÑA. Op. cit. p. 192.

¹⁵⁹ O exemplo é de JESUS. Op. cit. p. 88.

A retroatividade benéfica só se produziria no caso de haver na norma complementar posterior verdadeira valoração jurídica diversa à norma anterior. Seria o caso, por exemplo, de hipotética alteração da idade da menoridade civil, que resultaria na reavaliação da norma prevista no art. 173 do Código Penal (abuso de incapazes)¹⁶⁰.

Como se vê, a proposta de separar *valoração fática* e *valoração jurídica* constitui inegável avanço relativamente às teorias “radicais” que, ou consideram a retroação *sempre* devida, ou consideram que a irretroatividade é necessária em todos os casos.

Essa última postura é a mais coerente com os mandamentos do ordenamento jurídico e, em momento algum, nega a assertiva de que a norma complementar integra o tipo. Tanto é assim que normas complementares que alteram a valoração jurídica do fato devem *sempre* retroagir.

No mais, deve ainda ser descrito que doutrina e jurisprudência têm reagido às constantes mutações nos complementos das normas penais em branco heterogêneas com a aplicação da regra contida no art. 3º do Código Penal, considerando que, pelo fato de tais normas complementares terem caráter temporário e excepcional, não há retroatividade do complemento normativo mais benéfico.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar nesse sentido:

Em princípio, o art. 3º do Código Penal se aplica à norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade. Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica.¹⁶¹

¹⁶⁰ Art. 173 - Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

¹⁶¹ HC 73168, Relator: Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 21/11/1995, DJ 15-03-1996.

Fica clara no julgado acima a utilização do critério de “modificação da figura abstrata” mencionado linhas antes, conjugado com o critério do art. 3º do Código Penal, que denota que a retroatividade só deve ocorrer quando o complemento normativo não corresponda a ato intrinsecamente excepcional. Assim, por exemplo, a variação constante no exemplo da tabela de preços não conduz à retroação da *Lex mitior* posterior que fixe os preços em patamar que tornaria atípica a conduta já praticada.

6 CONCLUSÃO

Quando se trata de normas penais em branco, a palavra de ordem é *cautela*. Primeiro, porque constituem inequívoco mecanismo legitimador de uma política-criminal baseada nos vetores teóricos da criticável “modernização” e expansão do Direito Penal, que sobrevaloriza as promessas da prevenção geral negativa, sobredimensiona as exigências de criminalização em áreas que talvez fossem melhor reguladas por outros ramos do direito, e acaba por distorcer os institutos clássicos do Direito Penal – responsabilidade penal da pessoa jurídica, novos tipos de imputação ao tipo objetivo, delitos por acumulação, antecipação de tutela, flexibilização de princípios, etc.

Segundo, porque a constitucionalidade de tais normas é um dos pontos mais discutidos e discutíveis na agenda dos criminalistas. Não só a remessa a leis *lato sensu* que fazem as normas penais em branco *próprias*, *heterogêneas* ou *stricto sensu* são questionáveis, por possível ofensa aos princípios da legalidade e tripartição dos poderes, como também as normas penais em branco *impróprias*, *homogêneas* ou *lato sensu* podem ser objeto de análise quanto à linguagem demasiadamente obscura, incerta, além da frequente remessa a complementos extrapenais de difícil intelecção.

No que toca às leis em branco *próprias*, não é correta postura que as considera inconstitucionais por ofensa aos princípios da legalidade e tripartição dos poderes, desde que a norma extrapenal atenha-se a descrever detalhes elucidativos da conduta proibida pelo tipo penal, ou seja, desde que o complemento seja *regulamentar*, e não *proibitivo*. Nesse ponto, o argumento da inconstitucionalidade será válido se à norma complementar for delegada a dicção do *conteúdo* da proibição.

Sem embargo, nas duas categorias de norma penal em branco haverá evidente inconstitucionalidade se algum dos mandamentos do princípio da legalidade for lesado. Ainda, nas duas categorias há de se ter cautela na aplicação judicial, especialmente no que diz respeito ao conhecimento do injusto, sobretudo porque a utilização dessas normas em âmbitos como o do Sistema Financeiro Nacional, entre outros, geralmente são vinculadas a uma série desordenada, confusa e altamente especializada de atos administrativos, incompreensíveis para a maior parte dos cidadãos e, não raramente, para os próprios operadores do direito.

Por fim, na retroatividade do complemento a conclusão deve ser a seguinte: o complemento normativo *integra* o tipo penal e, portanto, tem natureza de *norma penal*; sua retroação, considerando que a retroatividade é a *regra*, está condicionada à mudança de *valoração jurídica in abstracto* e ao caráter não-excepcional ou permanente das prescrições complementares, por aplicação do art. 3º do Código Penal. Nas normas penais em branco impróprias ou homogêneas, persiste o critério da mudança de valoração jurídica, mas não há de se falar no critério da excepcionalidade porque a norma complementar passa por demorado e severo procedimento legislativo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 2002.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal, volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 11. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Manual de direito penal: parte geral, v. 1*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral, tomo 1*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz; ARAN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

COSTA JR. Paulo José da. *Comentários ao código penal: parte geral, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 1986.

DEVESA, Jose Maria Rodriguez; GOMEZ, Alfonso Serrano. *Derecho penal español: parte general*. Madrid: Dykinson, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HOBBSBAWN, Eric John Ernest. *A era das revoluções*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal, vol 1, tomo 1, arts. 1º a 10*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelhista de. *Direito penal, 1º volume, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal, v. 1*. São Paulo: Saraiva, 1965.

MAURACH Reinhart; ZIPF, Reinz. *Derecho penal: parte general – 1*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral, volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEZGER, Edmundo. *Derecho penal: parte general, tomo I*. Buenos Aires: El foro.

MIRABETE, Julio Fabrinni. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2003.

MISES, Ludwig Von. *As seis lições*. 6.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Derecho penal: parte general – fundamentos*. Madrid: Ramon Areces, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Curso de derecho penal: parte general, I*. Madrid: Universitas, 1996.

- PETIT, Philip. *Teoria da liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1, parte geral, arts. 1º a 120*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Barcelona: Tecfoto, 1996.
- ROSAL, Manuel Cobo del; ANTON, Tomas S. Vives. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, tomo 1*. Madrid: Civitas, 2001.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SANCHEZ, Bernardo Feijoo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Buenos Aires: B de F, 2009.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal*. Civitas, 2001.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCHIMIDT, Andrei Zenkner. FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas. A Tutela penal do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino, volume 1*. Buenos Aires: TEA, 1978.

SPOONER, Lysander. *Vices are not crime*. Disponível em <http://mises.org/books/vicescrimes.pdf> - acesso em 07 de janeiro de 2011.

STRATENWERTH, Gunther. *Derecho penal: parte general, I*. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TIEDMANN, Klaus. *La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas*. in Revista Brasileiras de Ciências Criminais, n. 37, janeiro-março/2002, p. 73-97.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general. 2. ed*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2007.