MATHEUS HERREN FALIVENE DE SOUSA

ESTRUTURAÇÃO LINGUÍSTICA DOS TIPOS PENAIIS

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Titular Vicente Greco Filho

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

MATHEUS HERREN FALIVENE DE SOUSA

ESTRUTURAÇÃO LINGÜÍSTICA DOS TIPOS PENAI

Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Titular **Vicente Greco Filho**

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

BANCA EXAMINADORA

Dedico este singelo trabalho aos meus pais,

Ary Cesar e Vilma.

AGRADECIMENTOS

Agradecer nunca é uma tarefa fácil. Fôssemos agradecer a todas as pessoas que contribuíram, direta ou indiretamente, com a elaboração deste trabalho, nos estenderíamos por páginas e páginas. Apesar da inevitável injustiça de não incluir alguns nomes, tentarei ser o mais justo possível.

Agradeço ao Professor Vicente Greco Filho por orientar este trabalho que, no início, parecia incerto. Agradeço ainda pelas valorosas lições proferidas durante as aulas e os cafés, que não enriquecem só a mim, mas a todos os alunos que o acompanham.

Ao Professor Silvio Artur Dias da Silva, por ter despertado em mim o interesse pelo Direito Penal, agora materializado neste trabalho.

Aos Professores Gustavo Badaró e Janaina Conceição Paschoal, pelo incentivo e pelas orientações ofertadas na banca de qualificação.

Ao João Daniel Rassi, pelos valorosos conselhos.

Aos queridos amigos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por terem tornado esta jornada menos tormentosa.

Aos meus pais, por tudo.

RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao estudo da relação entre tipo penal, Linguística e Filosofia da Linguagem. Para tanto, faz-se uma análise da chamada hermenêutica linguístico-estruturante, construindo os pressupostos que fundamentarão o estudo: a teoria dos signos, a teoria da comunicação e dos sistemas de linguagem, a semiótica e a teoria da realidade. Em seguida, estuda-se o tipo e a tipicidade a partir da teoria dos modelos linguísticos, diferenciando-se tipo de conceito para, então, estudar-se a ideia de tipicidade como hermenêutica e a ilicitude do sistema. Por fim, debruça-se sobre algumas das hipóteses de aplicação da hermenêutica linguístico-estruturante no Direito Penal: a interpretação dos tipos penais, as leis penais incompletas e o erro no Direito Penal.

Palavras-chave: Tipo penal – Linguística – Filosofia da Linguagem – Hermenêutica.

ABSTRACT

The current work intends to study the relationship between type of offense, Linguistics and Philosophy of Language. To this effect, the work begins studying the so-called linguistic-structuring hermeneutics through its fundamentals: the theory of signs, the theory of communication and language systems, the semiotics and the theory of reality. Then we discuss the type of offense itself and the vagueness doctrine thus a linguistics model theory, studying the contrast between type and concept, for then study the concept of hermeneutics' type of offense and system illicit. Finally, we study some applications of the linguistic-structuring hermeneutics: the interpretation of the type of offense, the incomplete type of offenses and the error of law.

Keywords: Type of offense – Linguistics – Philosophy of Language – Hermeneutics.

RIASSUNTO

La presente dissertazione si propone di studiare le relazioni tra Fattispecie, Linguistica e Filosofia del Linguaggio. A tal fine, sono studiate la chiamata ermeneutica linguistico-strutturante, studiando le sue fondamenta: la teoria dei segni, la teoria delle comunicazioni e dei sistemi di linguaggio, la semiotica e la teoria della realtà. Allora studiamo la fattispecie e la tipicità sulla base della teoria dei modelli linguistici, differenziando tipo di concetto per poi studiare l'idea di tipicità come ermeneutica e l'idea di illiceità del sistema. Pro infine, studiamo alcune delle ipotesi di applicazioni della ermeneutica linguistico-strutturante nel Diritto Penale: la interpretazione della fattispecie, la fattispecie incompleta e l'errore nel Diritto Penale.

Parole-chiave: Fattispecie - Linguistica - Filosofia del Linguaggio - Ermeneutica.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Dissertation untersucht die Beziehung zwischen Tatbestand, Linguistik und Sprachphilosophie. Zu diesem Zwecke untersuchen wir die Linguistik-Strukturierung Hermeneutik durch das Studium der Postulate: Theorie der Zeichen, Semiotik, Kommunikation und Sprache Systemtheorie, und Theorie der Wahrheit. Nach untersuchen wir den Tatbestand und der Tatbestandsmäßigkeit auf der Grundlage der Modelltheorie, reden über die Unterscheidung zwischen Typus und Konzept um dann studieren die Idee der Tatbestandsmäßigkeit als Hermeneutik und Unrecht des Systems. Am Ende, untersuchen wir die Anwendung der Theorie auf dem Strafrecht: die Interpretation von Tatbestand, die Blankettstrafnormen und der Tatbestands- und Verbotsirrtum.

Schlüsselwörter: Tatbestand - Linguistik - Sprachphilosophie - Hermeneutik

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	22
Objeto de estudo.....	22
Justificativa da escolha do tema.....	23
Metodologia do estudo.....	25
Estrutura e conteúdo das diversas partes do trabalho.....	26

PRIMEIRA PARTE

HERMENÊUTICA LINGUÍSTICO-ESTRUTURANTE

INTRODUÇÃO.....	29
CAPÍTULO 1 – PRESSUPOSTOS PARA UMA TEORÉTICA DA HERMENÊUTICA LINGUÍSTICA.....	31
1.1 A língua é o conhecimento.....	31
1.2 Todas as ciências têm como objeto a linguagem.....	33
CAPÍTULO 2 – TEORIA DOS SIGNOS.....	35
2.1. O signo.....	35
2.1.1. Elementos do signo: suporte físico, significado e significação.....	36
2.1.2 Conotação e denotação.....	37
2.2. Interações sógnicas.....	39
2.2.1. As interações sógnicas hipotéticas: a teoria dos modelos aplicada ao estudo dos signos.....	40

2.2.2. Internormatividade e intertipicidade.....	43
--	----

CAPÍTULO 3 – TEORIA DA COMUNICAÇÃO E DOS SISTEMAS DE LINGUAGEM.....46

3.1. Língua, linguagem e fala.....46

3.1.1. Língua.....	46
--------------------	----

3.1.2. Fala.....	47
------------------	----

3.1.3. Linguagem.....	48
-----------------------	----

3.2. Comunicação.....50

3.2.1. Modelos comunicativos.....	51
-----------------------------------	----

3.2.1.1. Elementos da comunicação.....	52
--	----

3.2.1.2. Aplicação do modelo comunicativo ao Direito.....	54
---	----

3.2.1.2.1. A norma penal como mensagem.....	55
---	----

3.2.1.2.2. O enunciado normativo como código.....	56
---	----

3.3. Discurso e comunicação.....57

3.3.1. Os níveis do discurso jurídico.....	58
--	----

3.4. Sistemas de linguagem, mutação, variação e conflito linguístico.....59

3.4.1. Mutação linguística: sincronia, diacronia e anacronia.....	61
---	----

3.4.2. Variação linguística.....	61
----------------------------------	----

3.4.2.1. Sistemas regionais (variação regional ou diatópica).....	62
---	----

3.4.2.2. Sistemas socioculturais (variação sociocultural ou diastrática).....	63
---	----

3.4.2.1. Idade.....	64
---------------------	----

3.4.2.2. Religião.....	65
------------------------	----

3.4.2.3. Cultura.....	67
-----------------------	----

3.4.2.4. Educação.....	68
3.4.2.5. Etnia.....	70
3.4.2.6. Economia.....	71
3.4.2.6.1. A linguagem do assistencialismo: controle das massas e crime organizado.....	72
3.4.2.6.2. A linguagem do consumo e a violência.....	73
3.4.2.6.3. A linguagem do mercado e a criminalidade econômica.....	75
3.4.2.3. Sistemas individuais (variação diafásica ou estilística).....	77
3.5. Conflito linguístico.....	78
3.5.1. Conflitos linguísticos “naturais” e “artificiais”.....	79
3.5.2. Conflitos linguísticos, políticos e jurídicos.....	80
CAPÍTULO 4 – SEMIÓTICA.....	82
4.1. Postulados para o estudo da semiótica aplicada ao Direito Penal.....	82
4.2. Sintaxe.....	83
4.2.1. Sintaxe da norma jurídica.....	83
4.2.1.1. Estrutura sintática fundamental da norma penal.....	85
4.2.2. Sintaxe dos enunciados normativos típicos.....	88
4.2.2.1. A gramática generativa (aplicada ao estudo dos enunciados normativos típicos).....	88
4.2.2.2. A formalização do enunciado do tipo.....	92
4.3. Semântica.....	95
4.4. Pragmática.....	97

4.4.1. Dêixis.....	97
4.4.1.1. Os sujeitos.....	98
4.4.1.2. O tempo.....	99
4.4.1.3. O espaço.....	100
4.4.1.4. O sistema.....	100
4.4.2. Pragmática aplicada ao Direito.....	101
Capítulo 5 – TEORIA DA REALIDADE.....	103
5.1. Língua e realidade.....	103
5.2. Ignorância, erro e dúvida como fenômenos linguísticos.....	105
5.2.1. A ignorância.....	106
5.2.2. O erro.....	107
5.2.2.1. Teoria do erro.....	108
5.2.3. A dúvida.....	110

SEGUNDA PARTE

TIPO E TIPICIDADE PENAL

INTRODUÇÃO.....	113
CAPÍTULO 1 – TEORIA DOS MODELOS LINGUÍSTICOS: TIPO E CONCEITO.....	115
1.1. Teoria dos modelos linguísticos.....	115
1.1.1. A natureza comunicativa dos modelos linguísticos.....	116
1.1.2. Os níveis de associações: associações nos signos e nos enunciados.....	119

1.1.2.1. Associações nos signos.....	119
1.1.2.2. Associações nos enunciados.....	120
1.2. Tipo.....	121
1.2.1. Tipo e teoria dos protótipos.....	126
1.2.1.1. Lógica difusa.....	128
1.2.1.2. Teoria da superavaliação.....	129
1.2.1.3. Teoria da subavaliação.....	130
1.2.1.4. Teoria do contextualismo.....	131
1.2.2. Os tipos nas diversas áreas do pensamento.....	132
1.2.2.1. Ciências naturais.....	133
1.2.2.2. Lógica.....	134
1.2.2.3. História e Sociologia.....	135
1.2.2.4. Psicologia.....	136
1.2.3. O caráter mimético dos modelos-tipo.....	137
1.2.4. As diversas acepções do “tipo” no Direito.....	139
1.2.4.1. “Tipo” como metodologia jurídica: o modo de pensar tipificante.....	140
1.2.4.2. “Tipo” como modelo-tipo.....	141
1.2.4.3. “Tipo” como modelo-conceito.....	142
1.2.5. “Tipo” no Direito Penal.....	143
1.2.5.1. <i>Typus</i> e <i>Tatbestand</i>	145
1.2.5.2. “Tipo legal”.....	147
1.2.5.3. “Tipo de injusto”.....	147

1.2.5.4. “Tipo jurisprudencial”: a intrincada questão dos enunciados jurisprudenciais e a “praticidade” no Direito Penal.....	148
1.3. Conceito.....	152
1.3.1. Teoria das classes.....	154
1.3.2. O conceito no Direito Penal.....	157
1.4. A proximidade entre a teoria dos protótipos e a teoria das classes: a dificuldade da diferenciação não teórica entre tipos e conceitos – as chamadas “formas mistas”.....	158
1.5. O “tipo penal” como enunciado conceitual construído através de modelos-conceito e modelos-tipo.....	160
CAPÍTULO 2 – TEORIA DA TIPICIDADE.....	166
2.1. A crise conceitual da tipicidade.....	165
2.2. Tipicidade como subsunção.....	166
2.3. Tipicidade como hermenêutica.....	168
CAPÍTULO 3 – TIPO E ILICITUDE: A SUPERAÇÃO DO ATUAL ESTADO DE INDETERMINAÇÃO PELA TEORIA DA ILICITUDE DO SISTEMA.....	177
3.1. Os modelos de relação entre tipicidade e ilicitude.....	177
3.1.1. Modelo de relação neutra entre tipicidade e ilicitude.....	178
3.1.2. Modelo de relação indiciária entre tipicidade e ilicitude.....	179
3.1.3. Modelo de identidade entre tipicidade e ilicitude.....	182
3.2. A teoria da ilicitude do sistema.....	185
3.2.1. A unidade do sistema jurídico.....	186
3.2.1.1. Unidade como unidade das fontes.....	188
3.2.1.2. Unidade como coerência.....	189

3.2.2. O Direito Penal como <i>ultima ratio</i>	190
3.2.3. A ilicitude penal como ilicitude do sistema.....	192
3.2.3.1. A ilicitude penal como consequência da ilicitude extrapenal.....	194
3.2.3.2. Ilicitude penal, ilicitude extrapenal e <i>bis in idem</i>	198

TERCEIRA PARTE

HERMENÊUTICA LINGUÍSTICO-ESTRUTURANTE APLICADA

INTRODUÇÃO.....	202
CAPÍTULO 1 – HERMENÊUTICA LINGUÍSTICO-ESTRUTURANTE DO TIPO PENAL.....	203
1.1. Hermenêutica jurídica e seu estado da arte.....	203
1.2. Interpretação como construção ou interpretação como revelação do sentido.....	207
1.3. Métodos de interpretação.....	210
1.3.1. Método hermenêutico clássico.....	210
1.3.2. Método semiótico.....	214
1.4. Política Criminal e hermenêutica jurídica: os limites da “política” na criação e na interpretação do Direito Penal.....	216
1.4.1. Política Criminal legislativa.....	217
1.4.1.1. Simbolismo jurídico-legislativo.....	218
1.4.1.2. A influência de “fatores externos” ao processo legislativo.....	219

1.4.2. Política Criminal judiciária.....	221
1.4.3. Política Criminal administrativa.....	224
1.4.3.1. Política Criminal nos órgãos policiais.....	225
1.4.3.2. Política Criminal fiscal.....	227
1.4.3.3. Política de Execução Penal.....	228
1.4.4. Política Criminal institucional.....	229
1.4.4.1. Política Criminal do Ministério Público.....	230
1.4.4.2. Política Criminal da Ordem dos Advogados do Brasil.....	232
1.5. Os limites da interpretação no Direito Penal.....	233
1.5.1. A interpretação no tempo: retroatividade, irretroatividade e ultratividade da interpretação.....	236
1.5.1.1. Tempo, repertório linguístico e confiança.....	237
1.5.1.2. A interpretação jurisprudencial no tempo.....	239
1.5.1.3. A interpretação doutrinária no tempo.....	241
1.5.2. A interpretação no espaço: a influência das variações regionais e socioculturais na interpretação.....	242
1.5.2.1. Federalismo, variações regionais e uniformização da jurisprudência.....	243
1.5.2.2. Variação sociocultural e a construção da norma pelos seus destinatários.....	244
CAPÍTULO 2 – TIPICIDADE E HERMENÊUTICA LINGUÍSTICO-ESTRUTURANTE DA LEI PENAL INCOMPLETA.....	247
2.1. Conceito.....	247
2.2. Leis penais incompletas em sentido estrito.....	248

2.2.1. O fundamento das leis penais incompletas e sua duvidosa constitucionalidade.....	249
2.3. Leis penais em branco.....	251
2.3.1. A estrutura normativa da lei penal em branco.....	252
2.3.2. O fundamento da lei penal em branco.....	253
2.3.2.1. Técnica legislativa.....	254
2.3.2.2. A necessidade de indeterminação linguística frente à sociedade do risco.....	256
2.3.3. Classificação das leis penais em branco.....	258
2.3.4. A (in)constitucionalidade das leis penais em branco.....	260
2.3.4.1. A (in)constitucionalidade da lei penal em branco e as repartições de competência no pacto federativo.....	261
2.3.4.2. A (in)constitucionalidade da lei penal em branco e o princípio da legalidade no Direito Penal.....	262
2.3.5. A aplicação dos planos semióticos ao estudo da lei penal em branco.....	264
2.3.5.1. Planos semióticos sucessivos.....	268
2.3.5.2. Planos semióticos concomitantes.....	270
2.3.6. A questão dos enunciados de complementação internacionais, comunitários e estrangeiros.....	271
2.4. Os crimes de infração de dever.....	273
2.4.1. A peculiar estrutura normativa dos crimes de infração de dever.....	275
2.4.2. O fundamento filosófico dos crimes de infração de dever.....	279
2.4.3. Principais teorias sobre os crimes de infração de dever.....	282
2.4.3.1. A teoria de Claus Roxin.....	282

2.4.3.2. A teoria de Günther Jakobs.....	284
2.4.4. O dever infringido.....	287
2.4.5. Colisão de deveres.....	289
2.4.5. Classificação dos crimes de infração de dever.....	290
2.4.7. A (in)constitucionalidade dos crimes de infração de dever.....	292
2.4.8. Consequências dogmáticas da adoção da teoria dos crimes de infração de dever.....	295
2.5. Crimes consequentes.....	297
2.5.1. Relação de acessoriedade lógica e relação de acessoriedade normativa.....	298
2.5.2. A estrutura normativa dos crimes consequentes.....	299
2.5.3. O crime antecedente: muito além do injusto punível.....	301
2.5.4. Classificação dos crimes consequentes e a necessária interpretação conforme a constituição dos crimes consequentes impróprios.....	303
2.5.5. As consequências dogmáticas da adoção de uma teoria dos crimes consequentes.....	304
CAPÍTULO 3 – O ERRO NO DIREITO PENAL: O TRATAMENTO LINGÜÍSTICO DO ERRO DE TIPO E DO ERRO DE PROIBIÇÃO.....	308
3.1. O erro como um fenômeno linguístico.....	308
3.2. Erro de tipo.....	309
3.2.1. O conhecimento do enunciado legislativo.....	310
3.2.2. A influência do contexto da comunicação no erro: a dêixis do erro.....	311
3.2.3. O erro sobre os elementos especiais da ilicitude.....	314
3.2.4. O erro sobre as hipóteses de incidência complementares.....	316

3.3. Erro de proibição.....	317
3.3.1. Os níveis de conhecimento da norma.....	318
3.3.1.1. Conhecimento presumido.....	319
3.3.1.1.1. Conhecimento presumido das normas técnicas.....	321
3.3.1.2. Conhecimento potencial.....	322
3.3.1.3. Conhecimento real.....	323
3.3.2. O erro de proibição como fenômeno linguístico: erro, repertório linguístico e conflito linguístico.....	324
3.3.2.1. Teoria da coculpabilidade.....	326
3.3.2.1.1. A superação da teoria social da coculpabilidade pela teoria linguística.....	328
3.3.2.2. Teoria dos crimes “culturalmente condicionados”.....	329
3.3.2.3. A questão indígena.....	330
3.3.3. “Dúvida” de proibição.....	333
3.3.3.1. Dúvida e dever de informação: a dinâmica comunicativa da informação e sua influência na dúvida e no erro.....	334
3.3.3.2. A equiparação da dúvida ao erro no Direito Penal.....	336
3.3.4. Erro de proibição e <i>ignoratio legis</i>	337
3.3.5. Modalidades de erro de proibição.....	338
3.3.5.1. Erro de proibição direto.....	339
3.3.5.2. Erro de obrigação.....	340
3.3.5.3. Erro de permissão.....	341

CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	343
CONCLUSÕES.....	354

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	357
--	------------

INTRODUÇÃO

Objeto de estudo

O Direito é linguagem: seja na acepção de Ciência do Direito ou de direito positivo, é um fenômeno linguístico, que se manifesta através de elementos linguísticos estruturados de forma sistemática, verbal ou não verbal, através de signos ou símbolos.

Afirmar que o direito é linguagem significa dizer que o fenômeno pode manifestar-se de outras formas além do texto¹, a linguagem verbal escrita, isto é, pode manifestar-se através de linguagem simbólica, convencionada arbitrariamente como forma de universalizar ou facilitar a comunicação, como, v.g., os símbolos de trânsito, verdadeiras normas de conteúdo não verbal trazidas pelo Código de Trânsito Brasileiro².

Ainda, Reconhecer que o Direito é linguagem possibilita a utilização dos conhecimentos da Linguística e da Filosofia da Linguagem, como a semiótica, a sociolinguística e a teoria do conhecimento, na construção da interpretação do enunciado normativo.

Assim, neste trabalho busca-se construir os fundamentos, os pressupostos para o estudo do tipo penal e, indo além, do Direito Penal, com fundamento na hermenêutica linguístico-estruturante.

Por isto o título “Estruturação linguística dos tipos penais”: almeja-se construir a estrutura sobre a qual o intérprete pode construir a norma penal a partir do enunciado contido no tipo penal.

¹ Em razão da imprecisão da tradução do espanhol para o português da obra de Gregório Robles Morchón (*El derecho como texto e Teoría del Derecho*), alguns autores tratam os signos “texto” e “linguagem” como sinônimos, o quê se mostra absolutamente errôneo. Nesse sentido: CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 170 e ss.

² Sobre as normas de trânsito, vide: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O discurso do legislador de trânsito: uma análise semiótica da linguagem não verbal normativa. *Revista de Informação Legislativa* 37. Brasília: Senado Federal, 2000. Sobre o Direito como linguagem, vide: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris 1: teoria del diritto*. 2 ed. Roma: Laterza, 2012. p. 444; e RÜTHERS, Bernd; *et alli*. *Rechtstheorie*. 4 ed. Munique: Beck, 2011. p. 99 e ss.

Justificativa para a escolha do tema

O estudo da linguagem é tão importante para as ciências, em especial para a Ciência do Direito, que qualquer tentativa de justificá-lo torna-se redundante. Todo conhecimento é linguístico, pois ao homem não é possível conhecer nada que não seja linguagem. Até nas ciências duras e nas naturais, ou mesmo na filosofia, o conhecimento é sempre linguístico, pois, mesmo que seu objeto (direto) não seja a linguagem, nela é vertido para que possa ser conhecido.

O Direito é uma ciência linguística, por excelência, seu objeto é a linguagem jurídica, seu método, a ordenação desta linguagem. O Direito deve ser considerado como um subsistema linguístico pertencente ao sistema da língua portuguesa, no nosso caso. Sendo assim, é ele afetado por todos os fenômenos que afetam o sistema principal, como as proposições teóricas da hermenêutica linguística e a evolução da aplicação dos signos na comunicação.

Contudo, parece que o Direito Penal, apesar dos avançados estudos teóricos, não absorveu, nem mesmo minimamente, os instrumentos da Linguística e da Filosofia da Linguagem. Estes estudos, que aqui denominaremos de hermenêutica linguística, têm muito a oferecer à hermenêutica jurídica. Seus desdobramentos mais recentes demonstram que a interpretação não é o produto da revelação de um sentido preexistente no texto, mas sim a construção do sentido do texto, que é realizado pelo emissor, quando transmite a mensagem, e pelo receptor (intérprete), quando a recebe.

Só esta constatação já põe abaixo os conceitos clássicos de interpretação, fundados na ideia da revelação da vontade da lei e do legislador, como se o intérprete, ao invés de produzir algo, apenas revelasse aquilo que estava “escondido” no texto. Mas não só, o estudo da hermenêutica linguística nos permite uma visão muito mais ampla do fenômeno da hermenêutica, da interpretação dos enunciados normativos, nos permitindo construir modelos interpretativos muito mais precisos do que os modelos “clássicos”.

O estudo de fenômenos como a mutação e a variação linguística, relacionados com a dinâmica dos signos no tempo e no espaço, nos permite a construção mais apurada do sentido da norma jurídica e, além disso, resolvem problemas hoje considerados insolúveis, como a retroatividade ou irretroatividade das “novas” interpretações do texto jurídico, tema

ao qual não é dada a devida importância pela doutrina, apesar de sua relevância prática. A aplicação da semiótica à interpretação jurídica, no mesmo sentido, nos permite criar um modelo de interpretação fundado nos seus elementos (sintaxe, semântica e pragmática), que, não só contém preceitos dos modelos ditos “clássicos” (aspecto gramatical, histórico e sistemático) como, indo além, nos permite a introdução de conceitos novos ao Direito Penal, como as ditas variação e mutação linguística.

Assim, fenômenos como a interpretação da lei penal em branco, que hoje não é satisfatoriamente estudado por não se ter chegado a um consenso sobre a natureza do seu “complemento”, podem ser beneficiados pela introdução da hermenêutica linguística. A relação entre a lei penal em branco e o seu complemento pode ser estudada através da relação da oração principal com o seu elemento conotativo, com a elaboração de uma árvore de análise gramatical, por exemplo.

Outra contribuição importante do estudo da linguagem, que modifica substancialmente alguns institutos do Direito Penal, é a adoção da ideia de língua como realidade. Como dissemos no início destas justificativas, ao homem não é possível conhecer nada que não seja linguagem. Esta afirmação, de caráter filosófico, implica na equiparação da realidade ao repertório linguístico do indivíduo, isto é, ao conjunto de experiências comunicativas passadas ou atuais.

Na medida com que nos comunicamos, construímos um repertório cada vez mais extenso, que é o fundamento da nossa realidade, que não é objetiva nem subjetiva, mas sim linguística. A partir dessa constatação, podemos estudar o fenômeno do erro no Direito Penal de forma muito mais profunda. A introdução do conceito de língua como realidade, atrelada à teoria da comunicação, nos permite diferenciar o erro de tipo e o erro de proibição de forma muito mais clara, demonstrando que o primeiro recai sobre os elementos que compõem o código da comunicação, denominados elementos do tipo, enquanto o segundo, recai sobre a própria mensagem da comunicação, que é o sentido da própria norma penal.

Em particular, o desenvolvimento do presente estudo se justifica em face da inaceitável omissão da doutrina. A partir da década de 1960, os estudos da hermenêutica linguística ganharam grande força na Europa e foram, em parte, absorvidos pela doutrina jurídica, que passou a desenvolver vários “métodos” de interpretação, como o tópico-

problemático e a hermenêutica estruturante, apenas para citar alguns que foram desenvolvidos no âmbito do Direito Constitucional.

Neste trabalho, refutamos o desenvolvimento de um método pois este pressuporia uma forma fechada de hermenêutica, fundada na observação de regras interpretativas rígidas. Procuramos desenvolver um modelo hermenêutico que, não só permita uma melhor interpretação do Direito Penal, especialmente dos tipos incriminadores, mas também uma melhor compreensão de institutos de grande relevância, como a teoria do erro.

A ausência de trabalhos monográficos dedicados ao assunto, no Brasil, evidencia a superficialidade da discussão dogmática, tendo este estudo por intento lançar as bases para um posterior aprofundamento do debate, tanto no que diz respeito à evolução da teoria da interpretação, quanto à propositura de eventuais alterações legislativas que visem melhor adequar a disciplina de alguns institutos do nosso Código Penal, adequando esta importante legislação aos preceitos mais modernos da dogmática.

Metodologia do estudo

Este estudo terá como fundamento uma análise aprofundada das principais teorias da hermenêutica linguística, ordenadas em quatro grandes grupos (teoria dos signos, teoria da comunicação e dos sistemas de linguagem, semiótica e teoria da realidade), o estudo dos principais aspectos teóricos do conceito de tipo e de tipicidade e, por fim, a influência da hermenêutica linguístico-estruturante nos fenômenos da hermenêutica jurídica, das leis penais incompletas e do erro de tipo e de proibição.

Como existem poucas obras sobre o tema, buscar-se-á na Linguística e na Filosofia da Linguagem o fundamento dos temas aqui tratados.

Em razão disso, em alguns momentos o trabalho se aproxima de uma investigação filosófica, na medida em que determinados temas demandam uma tomada de posição que encontra um fundamento propriamente científico. Assim, estas tomadas de posição filosóficas serão realizadas com fundamento em filósofos renomados e, também, naquilo que se entende como pertinente para o desenvolvimento do trabalho como ocorre, por

exemplo, no tópico em que é estudada a relação entre língua e realidade: com fundamento na ideia de repertório linguístico, ousou-se divergir, ainda que minimamente, de filósofos renomados como Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Vilém Flusser para se apresentar uma ideia própria.

Estrutura e conteúdo das diversas partes do trabalho

Em razão da complexidade de cada um dos temas, o trabalho foi dividido em três partes: hermenêutica linguístico-estruturante, teoria do tipo e da tipicidade e hermenêutica linguística aplicada.

Muito mais que uma opção metodológica, se trata de uma opção didática, pois o conhecimento da hermenêutica linguístico-estruturante é pressuposto para o entendimento do restante do trabalho, especialmente da terceira parte, onde ela é aplicada ao Direito Penal.

Assim, na Primeira Parte estuda-se a hermenêutica linguístico-estruturante, apresentando seus pressupostos e discorrendo sobre os principais elementos da Linguística e da Filosofia da Linguagem que podem ser aplicados ao Direito.

Assim, primeiro apresenta-se os pressupostos para uma teórica da hermenêutica linguística para, em seguida, discorrer-se sobre alguns dos seus temas fundamentais: a teoria dos signos, a teoria da comunicação e dos sistemas de linguagem, a semiótica e a teoria da realidade.

Não se trata de elaborar um tratado sobre Linguística e Filosofia da Linguagem, o que fugiria ao escopo deste trabalho, mas de apresentar da forma mais concisa possível tudo aquilo que a Linguística e a Filosofia da Linguagem podem oferecer ao Direito Penal, sem olvidar que estes ramos do conhecimento humano são muito mais amplos e podem ser estudados de forma mais minudente, instrumentalizada.

Após se debruçar sobre a hermenêutica linguístico-estruturante, na Segunda Parte, estuda-se o tipo e a tipicidade penal.

É sobre os conceitos de tipo e de tipicidade penal que se constrói toda a dogmática penal. Contudo, estes fenômenos não têm recebido a devida atenção da doutrina que, muitas vezes, relega o estudo da Linguística e da Filosofia da Linguagem associado ao Direito Penal. Com isto, busca-se superar alguns paradigmas, discutindo-se o tipo penal com fundamento na teoria dos modelos linguísticos a partir da construção da distinção entre modelos-tipo e modelos-conceito.

A partir disso, pesquisa-se a tipicidade como hermenêutica e a ilicitude do sistema jurídico, conceitos que, apesar de não serem originais, ganham novos contornos com a hermenêutica linguístico-estruturante.

Por fim, na Terceira Parte busca-se aplicar a hermenêutica linguístico-estruturante ao Direito Penal.

Poder-se-ia construir toda uma nova teoria do Direito Penal com fundamento na comunicação, um Direito Penal que é visto como instrumento da comunicação, da intersubjetividade comunicativa, porém, neste trabalho, limitar-se-á ao estudo da aplicação da hermenêutica linguístico-estruturante a alguns fenômenos do Direito Penal.

Primeiro, será demonstrada a aplicação da teoria à interpretação dos tipos penais, através do estudo dos efeitos da “política” no Direito Penal, especialmente no que diz respeito à Política Criminal judicial, mas não só dela. Estudar-se-á ainda o fenômeno das leis penais incompletas (lei penal incompleta em sentido estrito, lei penal em branco, crimes de infração de dever e crimes consequentes), apresentando-se uma nova perspectiva fundada na hermenêutica linguístico-estruturante.

Ao final da Terceira Parte, estudar-se-á o erro de tipo e o erro de proibição, diferenciando e apresentando uma nova perspectiva aos fenômenos com fundamento na teoria defendida neste trabalho.

PRIMEIRA PARTE

HERMENÊUTICA LINGUÍSTICO-ESTRUTURANTE

INTRODUÇÃO

A língua é a realidade. A realidade não é nem objetiva nem subjetiva, é linguística, construída na medida em que o sujeito comunica-se com os demais membros da sociedade (intersubjetividade).

Não existe conhecimento fora da linguagem. Todo o conhecimento, seja ele vulgar ou científico, é linguístico, pois o homem é incapaz de apreender o objeto, a coisa em si, sendo-lhe possível conhecer apenas a linguagem.

O Direito é também linguagem. Se todo o conhecimento humano é linguístico, também o é Direito que, na verdade, é a linguagem elevada à sua forma mais sofisticada.

Assim, para discutir tema tão relevante, no primeiro capítulo, discorre-se sobre os pressupostos para uma hermenêutica linguístico-estruturante, estudando os fundamentos últimos da hermenêutica linguística que propomos, que são a natureza linguística do conhecimento e a linguagem como objeto das ciências.

No segundo capítulo, debruça-se sobre a teoria dos signos. Primeiro estuda-se o conceito de signo e seus elementos (suporte físico, significado e significação) para, a partir daí, discorrermos sobre denotação e conotação e sobre as interações sógnicas hipotéticas, isto é, como os elementos que compõem os signos podem se relacionar.

No terceiro capítulo, estuda-se a teoria da comunicação e dos sistemas de linguagem, partindo-se da distinção entre língua, linguagem e fala para, então, trabalhar-se com a comunicação e sua grande aplicação no estudo do Direito. A partir da teoria da comunicação, desenvolve-se estudo sobre a mutação, a variação e o conflito linguístico e como estes fenômenos, até então tidos como puramente teóricos, podem influenciar uma ciência social aplicada como o Direito.

No quarto capítulo, discorre-se sobre a semiótica. Primeiro, estuda-se a sintaxe “geral” e a sintaxe da norma jurídica para, então, discorrer-se sobre a semântica e a pragmática e a aplicação destes institutos ao Direito.

No quinto e derradeiro capítulo desta parte, estuda-se a difícil questão da teoria da realidade. A partir de um referencial linguístico-filosófico, discute-se a relação entre a língua e a realidade e como esse fenômeno influencia a ignorância, o erro e a dúvida.

CAPÍTULO 1

PRESSUPOSTOS PARA UMA TEORÉTICA DA HERMENÊUTICA LINGUÍSTICO-ESTRUTURANTE

A finalidade precípua de uma teoria é conhecer determinado objeto: a partir de certos pressupostos, dogmáticos e metodológicos, construímos a realidade de determinado objeto. Já a finalidade da teórica é construir uma teoria das teorias, buscar os fundamentos (pressupostos) e as fundamentações das diversas teorias que se debruçam sobre o objeto. Nessa medida, parece ilógico discorrer sobre os “pressupostos” da teórica, pois confundiríamos o objeto com sua descrição, contudo, quando estudamos a teórica da linguagem, na sua amplitude e imprecisão, temos de buscar os pressupostos dos pressupostos, conceitos e definições a partir dos quais se constroem todas as “teorias” da linguagem.³

Normalmente, tais “pressupostos” seriam desenvolvidos em capítulos próprios, onde se discutiria longamente seus conceitos e definições, contudo, como o escopo do trabalho não é se debruçar sobre as nuances da linguagem, mas apenas de construir uma teoria que permite a hermenêutica estruturante dos tipos penais, nos limitaremos às indagações fundamentais.

1.1. A língua é o conhecimento

O primeiro postulado para o estudo da hermenêutica linguística é que a linguagem não é algo que contrapõe o sujeito ao objeto. Não é a linguagem um instrumento do conhecimento, ou o meio que possibilita o conhecimento, é o conhecimento em si.⁴

³ Em razão da necessidade de compreensão do leitor, desenvolvemos também, ao final do trabalho, um glossário com os principais termos relacionados ao estudo da hermenêutica linguística.

⁴ Cf. APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000; CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 6 e ss; CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 7 e ss; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris I: teoria del diritto*. 2ª ed. Roma: Laterza, 2012. p. 444 e ss; FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 2ª ed. São Paulo:

Nós conhecemos na medida em que nos comunicamos, não havendo conhecimento fora da linguagem. Assim, por exemplo, para que se possa construir uma casa, o engenheiro que elabora o projeto tem de conhecer uma linguagem (técnica), a linguagem da engenharia, assim como o mestre de obras, que a constrói, tem de conhecer a linguagem (prática) da construção. Não importa da onde advenha o “conhecimento”, ele é sempre linguístico.

Além disso, o conhecimento é construído, e para que ele possa ser construído é necessária a pré-compreensão da linguagem, do sistema linguístico. Assim, quando se lê um texto, não se interpreta para compreender, mas se compreende para interpretar: o caminho do conhecimento é inverso, primeiro se conhece a língua, para depois poder se construir o sentido do texto, e não ao contrário, como quer o senso comum.

Sendo uma compreensão prévia, é sempre anterior ao conhecimento, mas não é imune a ele. Cada vez que nos comunicamos, que interagimos com outros indivíduos, nosso repertório linguístico, isto é, o conjunto de elementos que compõe nossa capacidade de compreensão, é acrescido, se transformando em conhecimento.

Essa constatação teve grande importância para Filosofia, especialmente para aquilo que se denominou hermenêutica filosófica.⁵ Porém, essa abordagem filosófica ainda não foi totalmente absorvida pelo Direito. No campo da Ciência Jurídica muito ainda se fala sobre “vontade da lei”, “vontade do legislador”⁶ e “interpretação gramatical”⁷, conceitos típicos de uma interpretação exegética mas que não passam pela análise da Filosofia hermenêutica.

O texto jurídico, que neste estudo denominaremos de “enunciado da lei” ou “enunciado da hipótese de incidência da norma primária”⁸, não contém em si o seu sentido,

Annablume, 2004; HABERMAS, Jürgen. *Sprachtheoretische: Grundlegung der Soziologie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009; RÜTHERS, Bernd; et al. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011 p. 99 e ss;.

⁵ Sobre a hermenêutica filosófica proposta por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, cf. TSAI, Wei-Ding. *Die ontologische Wende der Hermeneutik: Heidegger und Gadamer*. Tese (Doutorado em Filosofia). Ludwig-Maximilians-Universität. 2011.

⁶ Cf. Streck, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 95 e ss.

⁷ Cf. VERNENGO, Roberto J. *Lainterpretación literal de la ley*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

⁸ Há de se fazer, desde já, a distinção entre “enunciado da lei” e “enunciado da norma”. O enunciado da lei é o código, o suporte físico da comunicação. Assim, no crime de homicídio (art. 121 do Código Penal), o enunciado da lei é “matar alguém”. Já o “enunciado da norma” é a construção de sentido, pelo intérprete, do enunciado da lei, isto é, da redação legal, confundindo-se com a própria norma. No mesmo caso do crime de homicídio, o enunciado da norma seria “é proibido matar alguém”.

na verdade, ele contém apenas um mínimo de sentido, sendo o todo restante produto da construção realizada pelo intérprete. Nessa construção radica uma diferença que é muito importante para este estudo: a distinção entre o texto e a norma, pois enquanto o texto é apenas o enunciado produzido pelo legislador, um conjunto ordenado de signos, que contém o mínimo de significado, a norma é o produto da construção do sentido desse texto, isto é, a mensagem que o intérprete consegue construir a partir do enunciado.⁹

Isso não significa que o intérprete esteja livre para construir, arbitrariamente, qualquer sentido, pois o enunciado não é vazio de significado, ele apenas contém o mínimo necessário para a comunicação.¹⁰

Muito além da hermenêutica e da interpretação do texto jurídico, a adoção de uma concepção filosófica e linguística, e a consequente distinção entre texto e norma nos permite um estudo muito mais apurado do erro no Direito, já que este pode recair tanto sobre os elementos que compõem o enunciado normativo, quanto sobre o sentido deste enunciado, que é a norma jurídica.

1.2. Todas as ciências têm como objeto a linguagem

Outro pressuposto, que é, na verdade, uma decorrência do fato da linguagem ser o próprio conhecimento, é que todas as ciências têm como objeto a linguagem. Na matemática, por exemplo, o objeto é a linguagem matemática; na botânica, é a linguagem descritiva das plantas existentes; etc. No Direito não é diferente. A partir do momento que se toma o conhecimento como linguístico, o objeto do Direito passa a ser a linguagem jurídica.

Assim, o direito, antes de ser um objeto cultural, é um objeto linguístico, na medida em que os operadores estudam a linguagem pressuposta da Ciência do Direito, para que possam construir o sentido da linguagem do direito positivo. Aceitar essa premissa nos permite adentrar o vasto campo da hermenêutica linguística, que não abrange apenas a

⁹ A primeira proposição nesse sentido foi desenvolvida por Friedrich Müller (*Teoria estruturante do Direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 192 e ss).

¹⁰ É exatamente por isto que, na atualidade, não se deve mais falar em “vontade da lei” e “vontade do legislador”. O enunciado contém significado e significação, sem os quais, inclusive, é impossível se construir a comunicação, contudo, dele não é possível se extrair qualquer vontade.

ciência da linguagem (linguística), mas também a filosofia da linguagem, com todos os seus fenômenos e conceitos.

Assim, ao invés de tentarmos elaborar métodos próprios para interpretação jurídica, podemos nos valer dos modelos ofertados pela hermenêutica linguística, que permitem uma construção de sentido muito mais apurada do que os clássicos modelos gramatical, histórico e sistemático. Além disso, a hermenêutica linguística nos permite solucionar problemas que são intangíveis para a interpretação metódica do direito, como por exemplo, a questão da lei penal em branco.¹¹

¹¹ Sobre a lei penal em branco, *vide* item “2.3. Leis penais em branco”, da Terceira Parte deste trabalho.

CAPÍTULO 2

TEORIA DOS SIGNOS

2.1. O SIGNO

O signo é o elemento fundamental de todo o estudo da Linguística, é o seu elemento nuclear. Em razão dessa importância, é um dos fenômenos mais difíceis de ser definido¹², especialmente em razão da falta de unidade doutrinária¹³ e da propagação de conceituações e definições demasiadamente abstratas ou simplistas.¹⁴

A despeito das diversas correntes históricas que se formaram sobre a definição do fenômeno, a mais correta é a proposta por Umberto Eco, que define signo como uma classe de expressões relacionadas (arbitrariamente) a uma classe de conteúdos.¹⁵ Dessa definição, podemos concluir que o signo não se confunde com a palavra, oral ou escrita, sendo um ente muito mais abstrato, podendo ser construído através de outras formas de comunicação (como a arte e a linguagem corporal).

A principal característica do signo linguístico verbal¹⁶ é a arbitrariedade. Não existe relação direta entre “palavra” e “objeto”, o elemento linguístico nada contém do objeto a que se refere¹⁷, estando apenas relacionado a ele por imposições arbitrárias da língua. Dizer que esta relação é arbitrária não significa dizer que ela é imposta, mas sim de que o signo verbal que se relaciona com o objeto foi, em algum momento, escolhido

¹² DUCROT, Oswald; TODOROV, Tzvetan. *Dicionário enciclopédico das ciências da linguagem*. Trad. Alice Kyoko Miyashiro. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 101.

¹³ ECO, Umberto. *Semiótica e filosofia da linguagem*. Trad. Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 17 e ss.

¹⁴ Aurora Tomazini de Carvalho, por exemplo, afirma que: “o signo é tudo que representa algo para alguém, um objeto, um dado físico, um gesto, uma expressão facial, etc.”. (*Curso de teoria geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 159). A definição está correta, mas é demasiadamente simplista, podendo levar à confusão entre signo e objeto.

¹⁵ “O signo não é uma só unidade de expressão e conteúdo, mas é uma entidade abstrata, uma classe de expressões relacionadas a uma classe de conteúdos.” (ECO, Umberto. *Semiótica e filosofia da linguagem*. Trad. Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 18).

¹⁶ É a palavra. Aqui dizemos “signo linguístico verbal” porque no caso da comunicação não verbal, esta relação talvez não seja arbitrária, mas relacionada a elementos psicológicos, por exemplo.

¹⁷ MENNE, Alber; FREY, Gerhard. *Logik und Sprache*. Bern: Francke Verlag, 1974.p. 174 e ss.

arbitrariamente, e em razão da sua utilização na comunicação, tornou-se consensual a utilização daquela palavra específica para indicar aquele objeto específico.¹⁸

2.1.1. Elementos do signo: suporte físico, significado e significação

A língua é o sistema de signos (códigos) em vigor em determinada sociedade, e a partir da obra de Ferdinand de Saussure¹⁹, passou-se a distinguir corretamente língua de fala, isto é, o sistema de signos do ato de empregar esses signos para a comunicação.²⁰ Assim, fala é o emprego dinâmico da língua em um contexto comunicacional, é o ato individual de escolha do indivíduo falante dos signos que serão empregados na comunicação.²¹

A partir desses conceitos, Edmund Husserl desenvolveu o conceito de signo, que para ele seria a relação triádica entre suporte físico, significado e significação.²² Essa ideia de correlação entre os três elementos, apesar de muito controvertida, especialmente com relação a sua denominação, é muito importante, pois é o fundamento de outras relações triádicas existentes na Linguística: os elementos da comunicação (canal, código e mensagem) e da semiótica (sintaxe, semântica e pragmática).

O suporte físico é o elemento do signo que pode ser apreendido pela nossa percepção, isto é, aquilo com que temos contato “físico”, como, por exemplo, as ondas sonoras produzidas pela fala, os gráficos no papel representando as letras do alfabeto, etc.

Esse *suporte físico* faz referência a um ou mais objetos da realidade, isto é, representa de forma individual o *significado*, atribuindo sua extensão comunicacional. Contudo, o suporte físico e a significação suscitam na cognição dos indivíduos que

¹⁸ Segundo Trask, a arbitrariedade é “a ausência de qualquer conexão necessária entre a forma de uma palavra e seu significado. [...] Mas, na maior parte dos casos, não há absolutamente nenhuma razão para que um dado significado seja denotado para uma determinada sequência de sons e não por outra. Na prática, a sequência específica de sons selecionada para esse fim numa determinada linguagem é totalmente arbitrária: qualquer coisa serve, desde que os falantes concordem”. (TRASK, R. L. Dicionário de linguística. Trad. Rodolfo Ilari. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 36).

¹⁹ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Trad. Charles Bally; et alii. 27 ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

²⁰ Vide abaixo:

²¹ Apesar de a escolha ser individual, não é arbitrária, pois a comunicação está condicional à relação social de caráter comunicacional que o indivíduo mantém com os outros membros da sociedade.

²² Cf. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

constroem seu sentido, uma relação com um objeto único (ou não) da sua experiência, através de ideias, que é a *significação*.

Husserl propôs que a representação gráfica das relações entre suporte físico (SF), significado (S) e significação (SI), isto é, os elementos do signo (Δ), fossem dispostos na forma de um triângulo:

No âmbito do Direito a distinção é importante para o estudo da teoria das normas: o direito positivo, a lei, é o suporte físico, que se relaciona a um ou mais significados, que são as condutas intersubjetivas, fazendo nascer, a partir da interpretação, sua significação, que é a norma jurídica. Essas ideias, quando aplicadas a fenômenos comunicacionais complexos, como estudaremos no capítulo sobre a teoria da comunicação, se transformam nos elementos da comunicação (canal, código e mensagem), tendo efetiva aplicação no âmbito do estudo do erro no Direito Penal.

2.1.2. Denotação e conotação

Outro aspecto importante da teoria dos signos é a diferenciação entre conotação e denotação. A teoria linguística não consegue distinguir, com clareza, um fenômeno do outro²³, mas é certo que ambos estão relacionados com a indeterminação, com a vagueza dos signos.

Na verdade, denotação e conotação não são termos contraditórios, como quer o senso comum, mas sim fenômenos similares. A denotação é “e o conjunto das coisas que

²³ A esse respeito, cf. CHARADEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. Trad. Fabiana Komesu. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 124 e ss.

essa forma [leia-se, signo] poderia fazer referência”²⁴, é o conjunto de todos os objetos a qual o elemento linguístico pode se referir. Na lógica, a conotação é denominada extensão, o conjunto “de todas as entidades do universo do discurso, ou seja, a totalidade das coisas a respeito das quais falamos, às quais se aplica a palavra”.²⁵

Assim, quando eu utilizo o termo “cachorro”, refiro-me a todos os objetos aos quais é possível aplicar o termo (todos os cachorros que existem, já existiram ou existirão). Nesse sentido, o termo denotado não demanda qualquer conhecimento prévio do sentido empregado pelo emissor da mensagem, já que se refere, de maneira genérica, a todos os objetos que se aplicam ao signo.

Já a conotação está relacionada com as associações que os indivíduos fazem desses termos. Na lógica, a conotação é denominada de intensão²⁶, é o sentido no qual a palavra é empregada naquela comunicação específica.

A conotação demanda que o emissor da mensagem indique ao receptor em qual sentido o termo está sendo empregado, constituindo essa indicação num novo plano semiótico.²⁷ Para que a mensagem possa ser compreendida, essa indicação tem de anteceder²⁸ a construção do sentido por parte do receptor. Na linguagem falada, as conotações geralmente são indicadas através de movimentos corporais, entonação ou mesmo do contexto em que ocorre a comunicação; na linguagem escrita literária, a indicação é feita através do contexto da estória, especialmente através da utilização de seus mecanismos linguísticos, que são a metáfora²⁹ e a metonímia.³⁰

²⁴ TRASK, R. L. *Dicionário de linguística*. Trad. Rodolfo Ilari. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 72.

²⁵ TRASK, R. L. *Dicionário de linguística*. Trad. Rodolfo Ilari. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 72.

²⁶ CHARADEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. Trad. Fabiana Komesu. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 124.

²⁷ “É conotativa uma semiótica em que o plano de expressão constitui de uma nova semiótica.” (ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Trad. Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardozo de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 46).

²⁸ O complemento antecede a construção do sentido, mas é posterior ao código principal. Nesse sentido: “O que constitui uma conotação enquanto tal é o fato de que ela se institui parasitariamente à base de um código precedente e não pode ser veiculada antes do conteúdo primário ter sido denotado.” (ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Trad. Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardozo de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 46).

²⁹ “A metáfora é o acréscimo de um significado a outro, quando entre eles existe uma relação de semelhança, de intersecção.” (FIORIN, José Luiz. Teoria dos signos. In: FIORIN, José Luiz (org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 66).

³⁰ “A metonímia é o acréscimo de um significado a outro, quando entre eles há uma relação de contiguidade, de coexistência, de interdependência.” (FIORIN, José Luiz. Teoria dos signos. In: FIORIN, José Luiz (org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 66). Existe ainda a sinédoque, que é a relação de inclusão entre dois significados.

Existe discussão na Linguística se, além da linguagem puramente literária, os elementos conotativos poderiam também ser aplicados na linguagem técnica. No Direito, é certo que o emissor da mensagem (o legislador) não pode utilizar os elementos conotativos da metáfora e da metonímia, devendo evidenciar com qual sentido o termo é empregado na oração. Assim, por exemplo, no caso do enunciado da norma do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, onde o termo droga é utilizado no sentido conotativo, a expressão do tipo somente se expressaria através de uma complementação semiótica, conforme se verá no capítulo destinado ao estudo das leis penais incompletas, especialmente da lei penal em branco.

2.2. INTERAÇÕES SÍGNICAS

Um dos paradigmas da idade moderna é a hipertextualidade. Muito se diz que há de se superar a textualidade através de um sistema onde, cada um dos elementos da oração está “conectado” com diversos outros, através de “hiperlinks”, referências cruzadas, não lineares³¹, que permitem a verdadeira construção do sentido da oração originária.

Contudo, a ideia de hipertextualidade não é recente, e é fundada em paradigmas errados. Para que possamos entender a hipertextualidade, que é o sentido além do texto, temos que pressupor a existência de um sentido independente de interpretação, que é inerente a sua própria essência (textualidade) e que, por isto, condicionaria a própria interpretação. Porém, o texto contém apenas o mínimo de sentido e seu sentido se revela apenas quando é interpretado; nesse sentido, o sentido do texto é construído pelo intérprete a partir da sua pré-compreensão da hermenêutica linguística, ainda que o próprio intérprete não tenha consciência da utilização destes elementos.

Isso não significa, como já se afirmou, que a interpretação seja algo arbitrário, onde o intérprete pode construir qualquer sentido para o texto. A interpretação encontra seu limite da hermenêutica linguística, especialmente no conhecimento prévio que todos os seres humanos têm das línguas e das linguagens às quais se submetem (repertório linguístico), que influenciam e condicionam a interpretação do texto.

³¹ Aqui, diz-se não lineares porque as referências exorbitam o enunciado da sentença principal, buscando explicá-la, esclarecê-la ou complementá-la.

Sendo assim, ao contrário de outros estudiosos do Direito que já se debruçaram sobre o tema³², preferimos construir aquilo que denominamos interações sígnicas, que são as possibilidades lógicas de correlação entre signo, significado e significação no contexto de um mesmo sistema linguístico.

Essas interações têm grande importância no estudo de termos equívocos³³, onde o significado e a significação são relevantes para a construção do sentido do texto, como nas normas penais em branco, onde a significação é encontrada em outro diploma normativo, ainda que hierarquicamente inferior.

2.2.1. As interações sígnicas hipotéticas: a teoria dos modelos aplicada ao estudo dos signos

A língua é construída por um número finito porém ilimitado de interações entre signos linguísticos. Nesse contexto, suporte físico, significado e significação, os elementos do signo, podem se associar das mais diversas formas, tendo limite apenas na racionalidade lógica.

Essa associação pode se realizar através de dois modelos: modelos-tipo e modelos-conceito. O tema será por nós estudado na segunda parte deste trabalho, quando nos debruçarmos sobre o tipo penal, porém, aqui cabe destacar que os modelos-tipo são aqueles em que as associações são realizadas em torno de um protótipo, que contém características flexíveis e renunciáveis.

Diferentemente, nos modelos-conceito, as associações são realizadas em torno de uma função proposicional que contém todos os elementos necessários e irrenunciáveis do conceito.

Assim, hipoteticamente, signos (Δ), suporte físico (SF), significado (S) e significação (SI) podem se correlacionar de sete maneiras lógicas a partir de sua formulação triangular: identidade absoluta; identidade entre suportes físicos; identidade

³² BALDAN, Édson Luís. *Intertipicidade penal*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

³³ Os termos equívocos são aqueles que apresentam dificuldade de compreensão por parte do receptor da mensagem, em razão de aspectos relacionados ao significado e à significação.

entre significados; identidade entre significações; identidade entre suporte físico e significado; identidade suporte físico e significação; e identidade entre significado e significação.

1) Identidade absoluta: na identidade absoluta, dois termos empregados em subsistemas linguísticos diferentes apresentam o mesmo suporte físico, significação e significado. A identidade absoluta seria a interação típica de dois sistemas fechados e dependentes, contudo, hipoteticamente é possível que ocorra entre dois sistemas naturais.

2) Identidade entre signos: em alguns casos apesar dos termos apresentarem a mesma formulação gráfica, isto é, a mesma ordenação aleatória das letras na sua representação visual (suporte físico), apresenta significados e significações diversas. Tal hipótese é bastante comum na dinâmica das línguas naturais, em razão da grande “liberdade” que possuem seus usuários em atribuir significados e significações.

3) Identidade entre significados: é logicamente possível que, entre dois subsistemas linguísticos, existam termos que apresentem unidade de significado, sem, contudo, apresentarem o mesmo suporte físico e a mesma significação. Apesar de hipoteticamente possível, a formulação é de difícil ocorrência em razão da existência de uma correlação intrínseca entre o significado e a significação, mas não é ilógica.

4) Identidade entre significações: outra possibilidade lógica é que dois signos, pertencentes ao mesmo subsistema linguístico ou a subsistemas diversos, tenham a mesma significação apesar de apresentarem suportes físicos e significados diversos. A identidade entre significações padece do mesmo problema da identidade entre significados, pois, apesar de logicamente possível, sua ocorrência é de difícil averiguação.

5) Identidade entre suporte físico e significado: também existe a possibilidade lógica que dois signos apresentem o mesmo suporte físico e o mesmo significado, apesar de apresentarem significações diferentes. É uma hipótese bastante comum nas línguas naturais, onde determinado signo é empregado com denotação diferente conforme o contexto de sua utilização (v.g. linguagem culta/linguagem coloquial).

6) Identidade entre suporte físico e significação: também é hipoteticamente possível que, na relação entre subsistemas linguísticos, existam signos que apresentem unidade com relação ao suporte físico e a significação, sem que apresentem unidade com relação ao significado. O emprego dinâmico dos signos nos atos da fala permite esta construção, especialmente na comunicação “natural”, onde os ruídos (erros com relação à significação do signo, por exemplo) podem ser aceitos.

7) Identidade entre significado e significação: por fim, é possível que dois signos que possuem suportes físicos diversos, apresentem o mesmo significado e a mesma significação. É o caso dos sinônimos.

2.2.2. Internormatividade ou intertipicidade

Édson Luís Baldan, em sua interessante obra, conceitua intertipicidade como “produto da concorrência, convergência, justaposição e conflito entre a normatividade de múltiplos ordenamentos positivos, no mesmo espaço político incidentes, hipertextualmente relacionados entre si, os quais, configurando, intertextualmente, um sistema global, limitado pelo contexto, reproduzem o sentido do discurso positivo do injusto”³⁴.

³⁴ BALDAN, Édson Luís. *Intertipicidade penal*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. p. 5.

O autor apresenta um significado complexo para um tema ainda mais complexo. Contudo, de maneira um pouco diferente da apresentada, a internormatividade ou intertipicidade, se caracteriza pela correlação entre signos, empregados dentro do mesmo ou em subsistemas linguísticos diversos, mas no bojo de um mesmo sistema ou, em hipóteses excepcionais, dentro de sistemas diversos (v.g., quando se busca o significado de um termo no Direito comparado). A intertipicidade se revela quando há contextos diversos, e não no mesmo contexto, pois, se assim fosse, seu estudo não teria sentido, pois os termos sempre seriam empregados, ao menos, com a mesma significação.

O que se apresenta não é uma relação de interações entre normatividades diversas, mas entre enunciados diversos, que têm de ser interpretados para que não conflitem.

Nesse sentido, intertipicidade (ou internormatividade) é uma relação de caráter semântico-pragmático (no sentido linguístico do termo), onde as escolhas conotativas do legislador e a hermenêutica denotativa dos intérpretes criam uma relação de coordenação e subordinação entre os enunciados normativos, isto é, entre os signos que compõem o enunciado normativo e a seus respectivos significados e significação.

Trata-se da criação de um modelo-de-modelo. A partir do modelo linguístico apresentado pelo legislador quando da promulgação do enunciado normativo, os intérpretes constroem um metamodelo (modelo-de-modelo) com fundamento na significação que é dada ao signo pelo próprio sistema jurídico-linguístico, através do modelo de outro enunciado normativo. A esse fenômeno pode se dar o nome de internormatividade ou intertipicidade.

A construção de uma teoria de atribuição de sentido pragmático através do fenômeno da intertipicidade não é simples, pois demanda um elevado nível de abstração do intérprete, que deve conhecer as possibilidades hipotéticas de interação entre signos e o próprio sistema do direito.

Estudando o termo “tributo” empregado pelo subsistema linguístico do Direito Penal (que é um subsistema do sistema do Direito, que, por sua vez, é um subsistema da linguagem natural), através do enunciado da norma do art. 1º da Lei 8.137/90, observamos que ele guarda absoluta identidade com o signo empregado pelo subsistema do Direito tributário. Assim, “tributo”, para fins do Direito Penal (*P*), deve ser entendido com a

conotação (significado) e com a denotação (significação) que lhe são atribuídas pelo Direito Tributário (T).

Por outro lado, quando analisamos o termo “droga”, empregado nas normas incriminadoras da Lei 11.343/06 possui apenas o mesmo suporte físico e o mesmo significado do termo “droga” no âmbito das ciências médicas ou farmacêuticas, existindo uma significação diferente.

São as ciências médicas (C) que conceituam aquilo que seja droga (denotação), contudo, no Direito, sendo os tipos incriminadores da Lei 11.343/06 normas penais em branco, a significação do termo é trazida por uma portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (ANVISA), que denota aquilo que é considerado droga para efeito da Lei (L). Substâncias que são consideradas drogas para a linguagem da ciência (“remédios”, por exemplo), não o serão para fins de incriminação.

As possibilidades apresentadas são apenas exemplos, mas o estudo através da interação sógnica é ilimitado, contudo, no limitado âmbito deste trabalho não há como se aprofundar numa tese tão complexa e abstrata.

CAPÍTULO 3

TEORIA DA COMUNICAÇÃO E DOS SISTEMAS DE LINGUAGEM

3.1. LÍNGUA, LINGUAGEM E FALA

A distinção dos conceitos de “língua”, “linguagem” e “fala” é de suma importância para estudo da teorética da linguagem, especialmente no estudo da teoria da comunicação e dos sistemas de linguagem, porque distingue três sistemas (níveis) de comunicação, além disto, também é importante para o estudo da teoria dos códigos, da semiótica, e da noção de língua e realidade, pois as estruturas linguísticas sempre se desenvolvem numa fórmula tridimensional, como no caso da distinção entre “suporte físico”, “significado” e “significação”, ou mesmo dos planos semióticos (“sintático”, “semântico” e “pragmático”).

A distinção entre língua e fala é atribuída, primeiramente, a Ferdinand de Saussure.³⁵ Porém, com o passar dos anos, os estudiosos da Linguística acresceram a essa conceituação, um terceiro elemento, a linguagem, ocasionando diversos erros conceituais. Como se verá, a linguagem é um terceiro elemento que, na verdade, abarca conceitos dos demais, não se distinguindo completamente.

3.1.1. Língua

O termo “língua” pode ser tomado em diversas acepções, contudo, todas elas, de alguma maneira, classificam-na como o conjunto de elementos utilizados na comunicação. Ferdinand de Saussure³⁶, ao se debruçar sobre a distinção entre língua e fala, conceitua a língua como o conjunto de códigos, que podem ser considerados idiomáticos (v.g., língua portuguesa, língua brasileira de sinais) ou não idiomáticos (v.g., expressão corporal,

³⁵ Cf. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Trad. Charles Bally; et alii. 27ª ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

³⁶ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Trad. Charles Bally; et alii. 27ª ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 15 e ss.

arquitetônica, musical, etc.). É essa a concepção adotada pelos estudiosos do Direito que já se debruçara sobre o tema.³⁷

Charles Bally define a língua como o conjunto formado pela estrutura (sistema de conceitos virtuais) e pelos usos linguísticos (sistema de conceitos reais), numa simbiose entre a língua (virtual) e a fala (real).³⁸ Para o linguista francês, a fala, o aspecto dinâmico da comunicação, atualizaria constantemente a língua, que é o aspecto estático da comunicação.

Já Roman Jakobson³⁹ conceitua “língua” como o “sistema de signos que constituem o repertório linguístico comum aos membros de determinada comunidade”.⁴⁰ É uma evolução do pensamento de Saussure, ao incluir, no conceito, a ideia de repertório, que está fortemente ligada ao aspecto dinâmico da comunicação humana, estando, inclusive, sujeito a variações de espaço e tempo. Este é o conceito mais correto de língua, já que não podemos olvidar que a ideia de repertório linguístico é de suma importância para o estudo do Direito, especialmente em relação à capacidade de construção do sentido da norma, conforme estudaremos no momento oportuno.

3.1.2. Fala

Se a concepção de “língua” é bastante controvertida, o conceito de “fala”, por outro lado, é pacífico. Saussure⁴¹ conceitua a fala como o ato individual de escolha e atualização da língua. É um ato de escolha porque é o indivíduo falante que escolhe os signos, que existem em número limitado na língua, que serão combinados, através de relações limitadas, porém incontáveis, para permitir a comunicação. É também um ato de atualização na medida em que o emprego destes signos, apesar de vinculado ao sistema

³⁷ Vide, por todos: CAMARGO, Antonio Luíz Chaves de. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 43 e ss; e CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 157 e ss.

³⁸ FLORES, Valdir do Nascimento; et alii. *Dicionário de linguística da enunciação*. São Paulo: Contexto, 2009. p. 150.

³⁹ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. Trad. Izidoro Blinkenstein e José Paulo Paes. 22ª ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

⁴⁰ FLORES, Valdir do Nascimento; et alii. *Dicionário de linguística da enunciação*. São Paulo: Contexto, 2009. p. 150.

⁴¹ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Trad. Charles Bally; et alii. 27ª ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 19 e ss.

linguístico ao qual pertence o indivíduo, é em tese discricionário, já que permite combinações anômalas, fora dos padrões considerados normais da língua, ou mesmo a criação de novos signos, em complementação aos já existentes, ainda que tais fenômenos tornem a comunicação muito difícil ou até mesmo impossível.

No mesmo sentido, Fraçois Flahault conceitua a fala como a correlação entre as imposições simbólicas da língua e os imperativos ideológicos do discurso.⁴² Assim como Sausurre, o linguista francês entende que a fala é influenciada pelas “regras” impostas pelo sistema da língua, seja ela idiomática (regras sintáticas e semânticas) ou não idiomática (regras de vestuário, por exemplo), porém sempre influenciada pela finalidade da fala, que a transmissão de uma mensagem (comunicação) – os imperativos ideológicos do discurso.

A ideia dos imperativos ideológicos do discurso é de suma importância, já que a fala não é algo em si mesmo, mas apenas um meio de se atingir a comunicação, que é sempre direcionada, mesmo quando há o silêncio. Sendo assim, a fala deve ser conceituada como o ato individual de escolha e atualização, com a finalidade de comunicar.

3.1.3. Linguagem

O estudo da linguagem ganhou muito relevo nas últimas décadas, tornando-se objeto digno de atenção de uma ciência própria, a Linguística. Isso, contudo, não significa que a linguagem perdeu seu caráter instrumental, como paradigma para outras ciências⁴³, mas apenas que ganhou uma metodologia própria, que precisa ser estudada antes da sua aplicação, como pretendemos neste trabalho.

Nesse contexto, a linguagem pode ser tomada através de diversas concepções. Para Charles Bally a linguagem é “o conjunto formando pela união do sistema de símbolos linguísticos e pelo sistema de unidades expressivas”.⁴⁴ Essa ideia pressupõe a existência de

⁴² “A fala é entendida, na concepção de Flahault, como um espaço de realização do sujeito, pois, apesar da existência de coerções, o sujeito assume a fala como sua, uma vez que sirva, através dela, atingir a plenitude do sentido como originário de si.” (FLORES, Valdir do Nascimento; *et alii*. *Dicionário de linguística da enunciação*. São Paulo: Contexto, 2009. p. 119).

⁴³ Como exemplos, podemos citar a psicologia da linguagem (psicolinguística), a sociologia da linguagem (sociolinguística), a antropologia da linguagem (metalinguística) e hermenêutica da linguagem (semiótica).

⁴⁴ FLORES, Valdir do Nascimento; *et alii*. *Dicionário de linguística da enunciação*. São Paulo: Contexto, 2009. p. 151.

um elemento natural, ideal, típico do estruturalismo de Ferdinand de Saussure, já que o termo linguagem está estritamente ligado ao conceito de língua, por nós já estudado. No mesmo sentido, Roman Jakobson⁴⁵ define linguagem como um sistema de signos fundado nos processos de seleção e combinação de seus elementos.

Já Gustav Herdan, em sua obra *Language as choice and chance*, fundamento da lexicometria, que hoje embasa estudos como o da jurimetria, conceitua a linguagem como a capacidade de escolha que determinado indivíduo tem para se comunicar. Segundo ele, apesar “do texto ser uma criação individual da mente”⁴⁶, pode ser comparado com o de outros (indivíduos), através dos elementos que lhe são comuns, como as regras sintáticas e o emprego da semântica, que apesar de poderem ser combinados infinitamente e estarem sujeitos à evolução histórica, possuem certa uniformidade.

Sob outro prisma, Rudolf Carnap⁴⁷ entende a linguagem como a correlação analítica entre sintática e semântica; e Noam Chomsky⁴⁸, como a competência gramatical do sujeito falador-ouvinte ideal em face da competência do falador-ouvinte real. Contudo, para este estudo, a despeito da profícua discussão sobre o assunto, é suficiente definir linguagem como o resultado da combinação entre os signos, pertençam eles ou não ao mesmo sistema linguístico.

Quando falamos, por exemplo, não nos valem apenas da linguagem verbal, dos sons produzidos pelas nossas cordas vocais, mas também de outros elementos comunicativos, pertencentes a outros sistemas de linguagem, como, por exemplo, a linguagem corporal e a linguagem do vestuário. Sendo assim, a linguagem, apesar de ser muitas vezes tomada como um sinônimo de língua, ou mesmo de fala, é na verdade, mais ampla, já que englobaria os outros fenômenos.

Para este trabalho, é importante que se tenha como pressuposto de que tais combinações não são aleatórias, fruto da arbitrariedade do falante, pois, se assim o fosse, não seria possível a comunicação. Dentro dos diversos sistemas linguísticos, os indivíduos

⁴⁵ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. Trad. Izidoro Blinkenstein e José Paulo Paes. 22ª ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

⁴⁶ HERDAN, Gustav. *Language as choice and chance*. Groningen: P. Noordhoff N. V., 1956. p. 3.

⁴⁷ Cf. AMARAL, António Campelo do. *O Domínio apriorístico da comunicação na transformação da filosofia (Karl-Otto Apel)*. Covilhã: Lusofia, 2008. p. 16.

⁴⁸ Cf. CHOMSKY, Noam. *Aspectos da teoria da sintaxe*. Trad. José Antonio Meireles e Eduardo Piva Raposo. Coimbra: Arménio Amado, 1975; e *Language and responsibility*. Nova Iorque: Pantheon Books, 1977.

têm acesso a determinados elementos (aspecto semântico) que podem ser combinados de formas incontáveis mas não ilimitadas, gerando incontáveis conceitos (aspecto pragmático) mas sempre subordinados às regras de combinação preestabelecidas (aspecto sintático).

3.2. COMUNICAÇÃO

A essência do ser humano é a capacidade de comunicação.⁴⁹ É a partir da comunicação, tida como toda espécie de interação humana, que se constrói o conhecimento, que é sempre linguístico. Contudo, é interessante notar que nem sempre o fenômeno da comunicação foi de interesse da ciência linguística, onde preponderava o estudo do signo, considerado sua essência.

Foi no campo teoria da informação, como no caso da midialogia, onde a comunicação é reduzida à satisfatória transmissão de uma mensagem, que o fenômeno teve seus primeiros estudos. Para fins meramente informativos, a comunicação é a mensagem transmitida por uma fonte (F), através de um canal (C) a um receptor (R), na medida em que ambos possuem um repertório comum (intersecção entre Rf e Rr).

José Teixeira Coelho Netto⁵⁰ elabora a representação gráfica da comunicação na teoria da informação da seguinte forma:

A noção de repertório linguístico na comunicação é de extrema importância, conforme se verá, contudo, o estudo do fenômeno no âmbito da teoria da informação se

⁴⁹ Cf. APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia II: o a priori da comunidade da comunicação*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000; COELHO NETTO, José Teixeira. *Semiótica, informação e comunicação*. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 195 e ss.

⁵⁰ COELHO NETTO, José Teixeira. *Semiótica, informação e comunicação*. São Paulo: Perspectiva, 2010.p. 124.

mostra extremamente simplista, ao não considerar outros elementos que influenciam a comunicação, como, por exemplo, o contexto. Sendo assim, no próximo item deste capítulo, discorreremos sobre os modelos comunicativos que complementam⁵¹ o fenômeno.

3.2.1. Modelos comunicativos

Na segunda metade do século XX, vários modelos de comunicação foram desenvolvidos, como o de Bertil Malmberg, que apenas complementa o modelo da teoria da informação, e o de Ignácio Assis Silva, que cria um modelo de comunicação extremamente complexo.⁵²

Para este estudo meramente introdutório, é suficiente o modelo desenvolvido por Roman Jakobson, para quem a função da linguagem é a comunicação⁵³, e que desenvolve um modelo comunicativo fundado em seis elementos, considerados constantes no processo comunicacional verbal⁵⁴:

O *remetente* envia uma mensagem ao *destinatário*. Para ser eficaz, a mensagem requer um *contexto* a que se refere (ou “referente”, em outra nomenclatura, algo ambígua), apreensível pelo destinatário e que seja verbal ou suscetível de verbalização; um *código* total ou parcialmente comum ao remetente e ao destinatário (ou, em outras palavras, o codificador e o decodificador da mensagem; e, finalmente, um *contato*, um canal físico e uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que capacite ambos a entrar e permanecer em comunicação. Todos os fatores inalienavelmente envolvidos na comunicação podem ser esquematizados como segue:

⁵¹ BARROS, Diana Pessoa de. A comunicação humana. In: FIORIN, José Luiz (org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 27.

⁵² Cf. BARROS, Diana Pessoa de. A comunicação humana. In: FIORIN, José Luiz (org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 27.

⁵³ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. Trad. Izidoro Blinkenstein e José Paulo Paes. 22ª ed. São Paulo: Cultrix, 2010. p. 156.

⁵⁴ A presença de tais elementos é constante em todas as espécies de comunicação verbal e, até mesmo em algumas espécies de comunicação não verbal, como por exemplo, na comunicação do vestuário.

O conhecimento dos elementos da comunicação permite a plena eficácia da comunicação. Para que o ato comunicativo possa ser considerado plenamente eficaz, o receptor tem de ser capaz de decodificar a mensagem codificada pelo emissor em sua integridade. Contudo o ruído, fenômeno linguístico que conota tudo aquilo que prejudica a comunicação, pode, eventualmente, atuar sobre um dos elementos da comunicação prejudicando a transmissão da mensagem.

3.2.1.1. Elementos da comunicação

Como dissemos alhures, os elementos propostos por Jakobson são constantes, isto é, são elementos necessários a todo processo comunicacional verbal, que não pode existir sem a sua presença. Contudo, a estes elementos é possível acrescentar outros, como o que faz Paulo de Barros Carvalho⁵⁵, ao acrescentar aquilo que denomina de conexão psicológica.

Contudo, o elemento “conexão psicológica” já se faz presente no código, pois, como se verá, a comunicação pressupõe a existência de um código ao menos parcialmente comum entre o emissor e o destinatário, naquilo que alguns linguistas denominam “contrato de comunicação”.⁵⁶ Sendo assim, discorreremos apenas sobre os seis elementos propostos por Jakobson.

O *remetente*, também denominado de codificador ou fonte da comunicação, é o indivíduo que formula a mensagem, através da palavra oral, escrita, gráfica, etc. Para que a mensagem codificada possa ser transmitida de forma eficiente ao seu destinatário, o remetente tem de organizar sintaticamente códigos que pertençam, ao menos em parte, ao repertório do destinatário.

⁵⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 166.

⁵⁶ “O termo contrato de comunicação é empregado pelos semioticistas, psicólogos da linguagem e analistas do discurso para designar o que faz com que o ato de comunicação seja reconhecido como válido do ponto de vista do sentido. É a condição para os parceiros de um ato de linguagem se compreenderem minimamente e poderem interagir, co-construindo o sentido, que é a meta essencial de qualquer comunicação.” (CHARADEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. Trad. Fabiana Komesu. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 130).

À existência de identidade (parcial) entre o repertório do emissor e do destinatário se dá o nome de contrato de comunicação. Esse fenômeno tem como pressuposto o fato de que a construção do sentido da comunicação, da mensagem, não é ato que cabe apenas ao remetente, mas também ao destinatário, que constrói em conjunto com aquele o sentido. Essa constatação tem bastante relevância no estudo do Direito, pois, como se verá, o texto da lei contém apenas uma parte da mensagem (da norma), que é construída pelo intérprete.

Já o *destinatário*, também identificado como decodificador, é aquele que interpreta (constrói) a mensagem transmitida pelo emissor. Como dissemos, em razão da existência do contrato de comunicação, o emissor transmite a mensagem com uma carga relativa de sentido, cabendo ao seu destinatário complementá-la. É em razão disso que não existe um grau-zero⁵⁷ no sentido do texto, pois ao intérprete-destinatário é entregue uma mensagem com um sentido ainda que mínimo.

Do mesmo modo, há de existir uma pré-compreensão do destinatário com relação aos códigos linguísticos empregados pelo emissor, sem a qual não é possível ocorrer a comunicação.

A *mensagem* é o produto da construção do sentido na comunicação. O emissor formula a mensagem com um sentido que é complementado pelo destinatário.

Caso a mensagem contenha um ruído, como, por exemplo, a colocação da comunicação em um contexto diverso daquele que foi elaborada, a mensagem construída pelo destinatário será diferente, ou até mesmo contraditória àquela transmitida.

O *contexto* é o “conjunto de circunstâncias físicas, sociais e psicológicas que envolvem e determinam o ato de comunicação”.⁵⁸ São elementos externos à comunicação, mas que influenciam a sua construção de sentido. Assim, se em um dia de tempo chuvoso, o emissor afirmar que “o dia está lindo”, seu destinatário interpretará a mensagem com uma conotação sarcástica em razão do contexto.

Esse fenômeno tem importância, no estudo do Direito, quando buscamos entender os elementos histórico-linguísticos da lei, isto é, porque o legislador optou por um termo em detrimento de outros, que atualmente podem ser considerados mais adequados.

⁵⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133 e ss.

⁵⁸ ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

O *código* é o conjunto de signos (aspecto semântico) e regras (aspecto sintático) que permitem a construção da mensagem. Como se disse, em razão da existência do chamado contrato de comunicação, o repertório do emissor e do destinatário tem de ser ao menos parcialmente comum.

O *repertório* é o conjunto do conhecimento linguístico de determinado indivíduo. Em regra, dentro de um mesmo sistema comunicativo, existe um repertório comum mínimo que permite a convivência, contudo, com a extensão do repertório linguístico na sociedade moderna, onde o conhecimento é compartimentado, é absolutamente impossível a existência de repertórios absolutamente coincidentes. Existem alguns indivíduos que, de fato, têm repertórios mais extensos, mas em regra, os repertórios são apenas diferentes (v.g., linguagem do direito, linguagem da mecânica, etc.).

A questão do repertório tem especial relevância no estudo do erro, pois, conforme demonstraremos, a existência de um repertório deficiente poderá acarretar a incapacidade de o indivíduo construir o sentido da mensagem emitida pelo legislador, que é a norma penal.

Por fim, o *canal* é o meio físico através do qual a mensagem se propaga (v.g., na mensagem falada o canal é o ar por onde se propaga o som, etc.). O canal não tem grande importância para este trabalho, já que, em regra, as mensagens jurídicas construídas pelo legislador são transmitidas pelo Diário Oficial e, o erro nesta publicação interessa a outros campos do Direito.

3.2.1.2. Aplicação do modelo comunicativo ao Direito

Não é fácil transpor o modelo comunicativo ao Direito. Essa metodologia pressupõe uma tomada de posição filosófica do intérprete com relação à Ciência do Direito: o modelo comunicativo só pode ser aplicado ao Direito na medida em que se considera que existe uma diferença substancial entre o enunciado normativo (texto da lei) e a norma jurídica, que é o produto da construção desse enunciado normativo.

Os autores que já se debruçaram sobre o tema⁵⁹ costumam classificar as normas jurídicas como mensagem, o direito positivo como código e o ordenamento jurídico como o sinal e o canal para comunicação normativa. Para este estudo, que apenas busca introduzir os principais conceitos de Linguística, prescindiremos da análise do ordenamento jurídico, que seria a enunciação do texto normativo através do Diário Oficial da União, no caso do Direito Penal, para nos focarmos na mensagem e no Código, já que esta distinção tem importância no estudo do erro.⁶⁰

3.2.1.2.1. A norma penal como mensagem

Para que a comunicação jurídica seja eficiente, é necessário que ela deflagre no receptor uma modificação de comportamento, isto é, que seja possível a ele construir o significado da comunicação (a mensagem). Essa mensagem é construída através da ordenação lógico-sintática dos elementos da comunicação (signos), estabelecidas pelo próprio código (língua), e limitados em razão da identidade parcial do repertório linguístico do emissor e do destinatário.

O repertório é o pressuposto e o limite de toda a comunicação. Só é possível a construção da mensagem se o repertório do receptor for suficiente para compreender os códigos emitidos.

No Direito, “poderíamos identificar as mensagens como uma sequência de enunciados prescritivos (termo hipótese e termo consequência)”⁶¹, ordenadas através da lógica deôntica. Na complexidade do Direito, nem sempre se atribui uma consequência a um enunciado descritivo, podendo haver inúmeras combinações⁶², como, por exemplo, numa hipótese que, além da sanção civil, importe também numa sanção penal, etc.

⁵⁹ ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005; CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

⁶⁰ Vide, na Terceira Parte, “Capítulo 3 – O erro no Direito Penal: o tratamento linguístico do erro de tipo e do erro de proibição”.

⁶¹ ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 46.

⁶² “Com efeito, no direito positivo nem sempre se dão norma primária e norma secundária em conexão. Nem sempre se distribui uma só hipótese para uma só consequência. Várias hipóteses H' , H'' , H''' ... têm uma mesma consequência C , ou, inversamente, várias consequências C' , C'' , C''' ,... correspondem a uma só hipótese H .” (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000. p. 74).

Não podemos olvidar, ainda, que o legislador elabora o enunciado da lei para o futuro e para que um número indeterminado de indivíduos construa o sentido da mensagem, gerando alguns problemas que podem inviabilizar a comunicação. Como a mensagem normativa deve perdurar indefinidamente⁶³, seu enunciado está sujeito a perder o sentido frente à mutação linguística, ao fenômeno da evolução da língua. Assim, conforme o código da língua é atualizado, a mensagem pode se tornar incompreensível, pois seus termos caíam em desuso, não fazendo mais parte do repertório do falante.

Outro problema é a indeterminação dos destinatários da mensagem. A mensagem normativa destina-se a todos os indivíduos submetidos ao poder estatal enquanto perdurar a vigência da lei que a enunciou, e nisso radica a necessidade de determinação linguística da norma. No Direito Penal, em razão do princípio da taxatividade, os enunciados normativos deveriam ser tão claros a ponto de permitir que qualquer cidadão construísse o sentido da norma, a mensagem normativa.⁶⁴ Porém, na prática isto é impossível, já que a construção de sentido depende do repertório de cada indivíduo, mas, não se pode olvidar que os enunciados normativos sempre devem ser construídos da forma mais clara possível, para que possa ser corretamente interpretado pelo maior número de indivíduos, permitindo, assim, uma comunicação sem ruídos.

3.2.1.2.2. O enunciado normativo como código

O enunciado normativo, aqui incluído o tipo penal, é o código que permite a construção da mensagem que, no caso, é a própria norma jurídica. A mensagem normativa é construída pelo receptor através e de maneira vinculada ao enunciado emitido pelo emissor, pelo legislador. Não tem o destinatário liberdade para construir, a partir de determinado enunciado, qualquer mensagem que queira, já que está vinculado ao código.

⁶³ Indefinidamente porque a norma jurídica vigora até que outra a revogue, expressa ou tacitamente.

⁶⁴ “Além de informada pelos princípios gerais de justiça, a lei deve ser tão clara e reproduzível que o cidadão individual possa fixar antecipadamente seus direitos e deveres, mesmo quando se afigurem em conflito com os de outrem. Deve possibilitar-lhe determinar, com razoável certeza, de que maneira um juiz ou um júri encarará sua posição. Se não lhe possibilitar isso, o código legal, por mais bem intencionado que possa ser, não lhe consentirá viver uma vida isenta de litígios e confusões.” (WIENER, Albert. *Cibernética e sociedade: o uso humano dos seres humanos*. Trad. José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1973. P. 104).

Como dissemos ao estudarmos os elementos da comunicação, para que a mensagem seja eficientemente transmitida, tem de haver uma identidade de repertório entre o transmissor e o receptor da mensagem, isto é, uma identidade de códigos. No Direito, em razão da sua complexidade, o repertório dos indivíduos é fictamente equiparado ao repertório do legislador (das normas), conforme dispõe o art. 3º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

Essa ficção busca evitar a alegação de desconhecimento da lei, já que a variação linguística, especialmente a socioeconômica, pode conduzir a uma falta de repertório, que não permita ao indivíduo construir a mensagem normativa. Contudo, no Direito Penal, em razão da gravidade de suas sanções, os repertórios não podem ser equiparados, havendo a possibilidade de arguição de erro de tipo e erro de proibição, que, como se verá, recaem respectivamente sobre o código e a mensagem.⁶⁵

3.3. DISCURSO E COMUNICAÇÃO

O vocábulo discurso tem duas significações distintas: sinônimo de fala ou indicativo de análise da finalidade que tem a comunicação. Para este momento do estudo, interessa apenas a segunda acepção.

A força do discurso confunde-se com os atos de fala proposto por Jonh Langshaw Austin⁶⁶, e depois aprofundados por John Searle.⁶⁷ Esses autores afirmam que os atos de fala têm uma capacidade performativa, isto é, “que têm a propriedade de poder e, em certas condições, realizar os atos que eles denotam, isto é, ‘fazer’ qualquer coisa pelo simples fato do ‘dizer’: enunciar ‘Eu prometo que venho’, é, *ipso facto*, realizar um ato, o de prometer”.⁶⁸

Nessa medida, eles classificam os atos de fala em locucionários, ilocucionários e perlocucionários. O ato *locucionário* é a utilização dos códigos de maneira ordenada, sintática; já o ato *ilocucionário* seria aquele que corresponde às ações que os falantes

⁶⁵ Vide:

⁶⁶ AUSTIN, John. Langshaw. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

⁶⁷ SEARLE, John. *Speech acts: an essay in the Philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

⁶⁸ TRASK, R. L. Dicionário de linguística. Trad. Rodolfo Ilari. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 72.

pretendem realizar quando emitem o enunciado, podendo se consubstanciar num pedido, numa pergunta, num conselho, num agradecimento ou num aviso.⁶⁹

Por fim, os atos *perlocucionários* seriam aqueles que têm efeitos sobre as ações, crenças ou pensamentos dos ouvintes. O ato do legislador, ao promulgar o enunciado de uma norma jurídica é eminentemente perlocucionário, na medida em que busca alterar o comportamento dos indivíduos através de um discurso de caráter prescritivo.

3.3.1. Os níveis do discurso jurídico

O Direito apresenta dois níveis de discurso, o discurso prescritivo e o discurso descritivo.

O discurso prescritivo (ou normativo), típico do direito positivo, do enunciado normativo, é aquele que busca determinar a conduta dos indivíduos, através da imposição de uma consequência jurídica (sanção), de evidente característica perlocucionária. Sua sintaxe lógica é regida pela lógica deôntica, onde aos enunciados só pode ser atribuído o valor de validade/invalidade.

O discurso prescritivo é considerado uma modalidade de linguagem técnica, isto é, não está absolutamente sujeito à ideia de não contradição, podendo existir em seu enunciado (ou na relação entre eles), contradições.

Para parte da doutrina⁷⁰, o discurso prescritivo poderia apresentar-se de forma fechada ou referenciada (discurso normativo fechado – *Verweisende normative Begriffe*) ou de forma aberta (discurso normativo aberto – *Offen normative Begriffe*).

No discurso normativo fechado ou referenciado, a própria norma faz referência ao sentido da interpretação que deve ser construída sobre o termo, informando a norma onde

⁶⁹ Existem outras classificações, como a de Grewendorf, que classifica os atos de fala em: *Verdktiva* (ato pejorativo), *Exerzitiva* (ato de exercício), *Komissiva* (ato comissivo), *Konduktiva* (ato condutivo) e *Expositiva* (ato expositivo) (GREWENDORF, Günther, *et alii*. *Sprachliches Wissen: Eine Einführung in moderne Theorien der grammatischen Beschreibung*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1987. p. 391.)

⁷⁰ RÜTHERS, Bernd; *et alii*. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011. p. 120.

ele se encontra; já no discurso normativo aberto, o intérprete teria liberdade de construir o sentido da interpretação.

Por outro lado, o discurso descritivo, típico da Ciência do Direito, é uma metalinguagem construída pelo intérprete, sujeita aos preceitos da lógica apofântica (ou alética) e, conseqüentemente aos valores de verdade/falsidade e ao princípio da não contradição. Significa dizer que o enunciado descritivo, para que possa ser considerado verdadeiro, não pode conter nenhuma contradição que, caso existindo, o invalida.

É certo que a linguagem do direito positivo se vale de enunciados descritivos em seu suporte físico, contudo, o sentido da construção do enunciado da norma jurídica, que se consubstancia na própria norma jurídica, é sempre prescritivo.

3.4. SISTEMAS DE LINGUAGEM, MUTAÇÃO, VARIAÇÃO E CONFLITO LINGÜÍSTICO

A linguagem é um sistema composto de vários outros subsistemas. Entre esses sistemas existem diferenças, muitas vezes sutis, denominadas de variações linguísticas, que tornam a linguagem um sistema de exclusão/inclusão⁷¹ social condicionada por diversos fatores como o geográfico e o econômico.

Nesse contexto, podemos estudar o sistema geral da linguagem (v.g., português, linguagem de sinais etc. – linguagem paradigma), os sistemas regionais (variação regional), os sistemas socioculturais (variação sociocultural) e os sistemas individuais (variação estilística).

Essas variações são objeto de estudo da sociolinguística, ramo da linguística que estuda a influência da sociedade na linguagem.⁷² Em regra, os linguistas partem da premissa que é a sociedade que influencia a linguagem, contudo, adotando a ideia de

⁷¹ Dizemos que é um sistema de exclusão/inclusão social porque a linguagem, isto é, a existência de um repertório linguístico específico, indica, ainda que de maneira relativa, que determinado indivíduo pertence a determinado sistema linguístico (grupo social).

⁷² Cf. DUCROT, Oswald; TODOROV, Tzvetan. *Dicionário enciclopédico das ciências da linguagem*. Trad. Alice Kyoko Miyashiro. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 69 e ss.

língua como realidade⁷³, é a linguagem que influencia a sociedade e, conseqüentemente, a cultura.

É o repertório linguístico, o conjunto do conhecimento linguístico de cada cultura que influencia o seu desenvolvimento cultural e científico, não o contrário. O desenvolvimento científico e social amplia o repertório linguístico, na medida em que novas linguagens são produzidas, contudo, é a pré-compreensão do repertório (anterior à produção) que permite este desenvolvimento. Como na construção de um edifício, onde cada andar é construído sobre o alicerce, e sobre o andar imediatamente abaixo, que funcionam como estruturas, é a linguagem que dá o suporte para o desenvolvimento da sociedade.

Esse desenvolvimento linguístico não precisa ocorrer em “linguagem culta”.⁷⁴ Quando se cria uma gíria ou um neologismo, por exemplo, ainda que o termo não possa ser admitido ao léxico, ou melhor, não seja capaz de inovar no âmbito culto da língua, ainda assim há um desenvolvimento do repertório linguístico da sociedade.

Por óbvio que admitir o desenvolvimento através da inclusão de gírias no repertório não é o mesmo que defender o seu ensino ou o abandono da norma culta⁷⁵, mas apenas admitir que a linguagem e, conseqüentemente, a ordem social, é inovada quando lhe são acrescidos novos elementos.

Além disso, é de se notar que a variação não pode ser ilimitada, pois se o fosse inviabilizaria a comunicação. Mesmo que as variações possam chegar a níveis individuais (variação estilística), há de remanescer um repertório linguístico comum entre o emissor e o receptor da mensagem, ainda que mínimo, para que possa ocorrer a comunicação.

Entre um brasileiro que apenas fala português e um chinês, que apenas fala o mandarim, não poderia existir comunicação verbal, por absoluta falta de identidade dos

⁷³ Vide “Capítulo 5 – Teoria da realidade”.

⁷⁴ O que se entende por língua culta, norma culta, ou “norma-padrão nos estudos mais recentes sobre variação linguística e ensino, é o modelo da língua descritivo-prescritivo pela tradição gramatical, uma língua extremamente idealizada, construída com base nos usos de um grupo não muito grande de escritores e, mesmo assim, não de todos esses usos, mas só daqueles que o próprio gramático considerava exemplares ou recomendáveis”. (BAGNO, Marcos. *Gramática pedagógica do português brasileiro*. São Paulo: Parábola, 2011. p. 31).

⁷⁵ Há, na atualidade, diversos linguistas que defendem o abandono, ainda que não por completo, do ensino da norma culta em nossas escolas. Esses autores defendem uma ampliação do estudo para as diversas modalidades da língua, que vão muito além da norma-padrão. Nesse sentido: BAGNO, Marcos. *Gramática pedagógica do português brasileiro*. São Paulo: Parábola, 2011. p. 31 e ss.

repertórios linguísticos, limitando-se a capacidade de comunicação à linguagem não verbal (v.g., linguagem de sinais). Já entre um brasileiro, falante do português, e um português, também falante do português, seria possível a comunicação verbal, ainda que com diversos ruídos.

3.4.1. Mutação linguística: diacronia e anacronia

A língua é um fenômeno dinâmico, que está em constante mutação. A mutação é a mudança no suporte físico (grafia ou fonema), no significado ou na significação de determinado signo. Quando a mutação ocorre dentro de um mesmo período de tempo, concomitantemente (*sincronia*), ela é denominada de variação, e será estudada em capítulo próprio; já quando a variação ocorre através do tempo (v.g., ao longo de vários anos), ela é denominada de mutação propriamente dita.

Excluído o aspecto sincrônico, sobre o qual discorreremos a seguir, a mutação pode ser estudada sob dois enfoques: o anacrônico e o diacrônico.

O *enfoque anacrônico* estuda os elementos linguísticos de forma abstrata, ideal, isto é, independentemente de seu real funcionamento. O estudo da sintaxe é, por excelência, anacrônico, pois se abstraem todos os elementos lexicais (semânticos) da comunicação, focando o estudioso apenas nos aspectos puramente lógicos de ordenação dos elementos na sentença.

Já o *enfoque diacrônico* estuda o desenvolvimento de determinado sistema linguístico no tempo e, por isto, é usualmente denominado de linguística histórica.

A mudança diacrônica é bastante perceptível e tem como fundamento a ocorrência de incontáveis interações comunicativas entre os indivíduos, que vão, paulatinamente, alterando as estruturas dos signos. Esse enfoque tem grande importância para o Direito, pois a variação diacrônica é perceptível na doutrina e, especialmente, na jurisprudência, merecendo estudo próprio no momento adequado.

3.4.2. Variação linguística

Enquanto a mutação linguística é o estudo das transformações ocorridas no interior do sistema linguístico durante o tempo, a mutação é o estudo dos fatores que influenciam as transformações sincrônicas do sistema. É evidente que existem variações entre os indivíduos das diversas regiões, ou mesmo diferenças entre indivíduos de idades diferentes, sendo este o objeto de estudo da variação linguística.

Para este trabalho, atem-se às três modalidades principais de variação: regional, sociocultural e individual.

3.4.2.1. Sistemas regionais (variação regional ou diatópica)

A sociolinguística diatópica estuda os sistemas linguísticos através da busca de semelhanças e diferenças ocasionadas por fatores regionais. Contudo, apesar do senso comum “de que as variações na linguagem (muitas fonéticas ou lexicais) têm fundamentos geográficos, a relação é bem mais complexa do que aparenta”.⁷⁶

As variações regionais, muito mais do que influenciadas por fatores meramente geográficos, são influenciadas pelas interações linguísticas que os habitantes daquela região tiveram ou tem com os indivíduos pertencentes a outros sistemas linguísticos, como, por exemplo, os regionalismos do interior do Estado de São Paulo, onde a fonética é claramente influenciada pelo seu contato com os indígenas que habitaram a região.

Assim, uma vez em contato com outro sistema linguístico, o repertório dos indivíduos é, ainda que indiretamente, acrescido, muitas vezes sendo utilizados como meio de facilitar a comunicação e, conseqüentemente o comércio.

Há de se asseverar, mais uma vez, que o aspecto diatópico da linguagem não é estático, mas dinâmico. Isto se revela através da existência de regiões geográficas bastante delimitadas, mas que possuem diversos “dialetos”, como ocorre nas grandes cidades, em

⁷⁶ SOUTHWORTH, Franklin C.; DASWANI, Chander J. *Foundations of linguistics*. Nova Iorque: The Free Press, 1974. p. 237.

que se fala uma “língua” em cada região; e da existência de indivíduos políglotas, isto é, que se comunicam com perfeição em mais de um dialeto regional.⁷⁷

Num país com as dimensões geográficas como as do Brasil, a existência de variações diatópicas é perceptível até mesmo para um leigo⁷⁸, que pode facilmente constatar que, apesar da existência de um sistema paradigma comum (português do Brasil), existem diferenças entre o sistema linguístico empregado no interior de São Paulo e o empregado no estado da Bahia, por exemplo. Isso não significa que um sistema seja superior ao outro, ou mesmo que um se aproxima mais da linguagem paradigma do que outro, mas sim que existem diferenças, que muitas vezes se limitam à fonologia e ao léxico.

Atualmente, contudo, as variações regionais, especialmente as referentes ao léxico, ao repertório linguístico, tendem a diminuir em razão da facilidade de comunicação. Isso não significa que a língua paradigma, os elementos semânticos e fonéticos da linguagem culta, serão adotados integralmente pelos falantes das diversas regiões, até mesmo porque, muitas vezes não é ele o código utilizado nas comunicações de massa, mas sim que alguns elementos do código utilizado por estes meios serão absorvidos pelos membros de outras regiões, especialmente em razão de um aparente “prestígio” ou “superioridade”.

3.4.3. Sistemas socioculturais (variação sociocultural ou diastrática)

“A variação regional é a mais estudada das variações linguísticas, e certamente é o tipo mais conhecido pela sociedade”⁷⁹, contudo, outros fatores podem determinar a variação linguística, como a idade, o sexo, a escolaridade, a etnia e o nível econômico. As variações influenciadas por esses fatores são chamadas de socioculturais ou diastráticas.

As variações diastráticas são aferidas, em regra, dentro de uma região geográfica delimitada⁸⁰, como, por exemplo, numa cidade, e, em regra, são associadas à existência de

⁷⁷ Cf. SOUTHWORTH, Franklin C.; DASWANI, Chander J. *Foundations of linguistics*. Nova Iorque: The Free Press, 1974. p. 240.

⁷⁸ Sobre a variação diatópica no Brasil, vide: BAGNO, Marcos. *Preconceito linguístico*. 54ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011. p. 26 e ss.

⁷⁹ SOUTHWORTH, Franklin C.; DASWANI, Chander J. *Foundations of linguistics*. Nova Iorque: The Free Press, 1974. p. 241. (*Tradução livre*).

⁸⁰ Veja o exemplo de William Labov, que pesquisou o chamado “Black English”, a variação diastrática praticada pelos jovens negros dos grandes centros urbanos dos Estados Unidos da América do Norte. Seu

um sistema linguístico de alto nível, falado pelas pessoas de melhor posição sociocultural, e outro, de baixo nível, falado pelos incultos. Nessa medida é muito difícil diferenciar a variação sociocultural da variação diafásica ou estilística, que é a variação individual, especialmente em razão da existência de um fenômeno chamado bilinguismo social ou “diaglossia”⁸¹, que é a competência do falante em se expressar tanto na variante formal de sua língua, que é utilizada nas universidades e nas comunicações governamentais, quanto na língua “informal”, considerada menos prestigiosa, que é utilizada na comunicação em geral. Em algumas regiões, existe uma clara distinção entre o sistema linguístico “popular” e o formal, como no Haiti, onde a língua oficial e formal é a francesa, mas a comunicação rotineira é realizada em crioulo.

No Brasil, a existência de um bilinguismo social, apesar de real, é menos perceptível, pois existe uma identidade lexical e fonética, a língua culta (paradigma), e suas variações socioculturais, como, aliás, ocorre em outros países onde há grande diferença econômica e cultural entre os diversos extratos sociais, como nos Estados Unidos da América do Norte.⁸² Além disso, só recentemente, com o desenvolvimento dos grandes centros urbanos é que foi possível se constatar a efetiva existência de uma variação sociocultural, já que, em regra, essas variações eram confundidas com as regionais, existentes entre as diversas regiões políticas do País.

3.4.2.1.1. Idade

estudo foi limitado às periferias das cidades mais populosas como Nova Iorque, Chicago, Boston e Filadélfia. (LABOV, William. *Language in the inner city: studies in Black English vernacular*. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1972).

⁸¹ Cf. LAGENBUCH, Juergen Richard. *Geografia política linguística: línguas e dialetos na vida dos povos e países*. São Paulo: HUCITEC, 2009. p. 72 e ss; SOUTHWORTH, Franklin C.; DASWANI, Chander J. *Foundations of linguistics*. Nova Iorque: The Free Press, 1974. p. 249; TRASK, R. L. *Dicionário de linguística*. Trad. Rodolfo Ilari. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 81.

⁸² Cf. LABOV, William. *Language in the inner city: studies in Black English vernacular*. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1972. p. 255 e ss. Contudo, na atualidade, é possível se falar na existência de uma “diaglossia de fato” nos Estados Unidos da América do Norte, pois, com a chegada de grandes contingentes provenientes de países Latino-Americanos falantes da língua espanhola, especialmente do México, existem determinadas áreas naquele País em que a língua predominante, porém não a oficial, é o Espanhol.

A idade é a variação do indivíduo na sua existência, é o “desenvolvimento do indivíduo na história da comunidade e da sociedade”.⁸³ Existe uma clara distinção sintática e semântica no discurso de uma criança, de um adolescente e de um adulto. Enquanto na criança tais variações indicam a aquisição da linguagem que ainda se inicia, nos adolescentes e adultos indicam uma forma de identidade de grupo, que muitas vezes busca excluir indivíduos pertencentes a outras “idades” da comunicação.

A chamada “subcultura delinquente”⁸⁴ por exemplo, nada mais é do que um subsistema linguístico que tem por finalidade criar uma identidade de grupo entre seus membros, em regra jovens, que por diversos fatores, questionam os valores e as normas impostas pela sociedade.⁸⁵

Muito além da aquisição da linguagem e da identidade de grupo, a idade influencia a construção do repertório linguístico do indivíduo. Assim, enquanto um adulto possui um repertório vasto, adquirido durante anos de comunicação, a criança e o adolescente ainda constroem seu repertório linguístico, que muitas vezes é incompleto.

Essa incompletude do repertório tem influência na causação do erro, especialmente na potencial consciência da ilicitude, sendo possível, até mesmo para um indivíduo de tenra idade conhecer que a prática de um homicídio é um ato passível de punição, certamente não é tão clara a ilicitude de uma apropriação de coisa achada, por exemplo.

A questão é das mais complexas e resvala em temas polêmicos, como a maioridade penal, contudo é certo que, se nem mesmo os indivíduos adultos têm um repertório linguístico pleno, certamente aqueles que ainda estão em formação apresentarão uma competência linguística ainda menor, sendo muitas vezes incapazes de construir o sentido da norma penal. Mas, enfim, como o tema não é sobre a menoridade penal, mas sim sobre a aplicação de elementos da hermenêutica linguística ao Direito Penal, a discussão, que é relevante, será realizada em outra oportunidade.

3.4.2.1.2. Religião

⁸³ ECKERT, Penelope. Age as a sociolinguistic variable. COULMAS, Florian (org.). *The handbook of sociolinguistics*. Londres: Blackwell Publishing, 1998.

⁸⁴ Sobre o tema: COHEN, Albert K. *Delinquent boys: the culture of the gang*. Nova Iorque: Collier Macmillian Publishers, 1955.

⁸⁵ Sobre o caráter linguístico dos grupos criminosos: GAMBETTA, Diego. *Codes of the underworld: how criminals communicate*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

O termo religião não é unívoco, podendo tanto designar a crença na existência de uma divindade superior, sobrenatural, quanto o sistema de doutrinas, crenças e práticas de determinado grupo, quando relacionadas à ideia da existência de uma divindade superior.⁸⁶ Para o objeto deste estudo, interessa o segundo conceito, de religião como sistema de crenças e comportamentos, relegando-se o estudo da crença em si à teologia.

Para que exista um conjunto unívoco de crenças, comportamentos e práticas há, primeiro, de existir a unidade linguística no seio do grupo religioso.⁸⁷ Os membros do grupo religioso se submetem ao sistema linguístico geral (v.g., língua portuguesa), mas têm seu repertório acrescido pelos elementos linguísticos pertencentes àquela religião específica, que não é compartilhada por todos os membros da sociedade, se consubstanciando num (sub)sistema linguístico.

Através desse subsistema linguístico cria-se a variação sociolinguística, reforçando determinados comportamentos, que são classificados como “virtuosos” ou “pecaminosos”. A classificação dos comportamentos nesses termos, muito além da ideia de “moral” e “imoral”, ou “legal” ou “ilegal”, cria uma capacidade muito grande de modificação de comportamento (perlocução), muito maior do que a norma moral ou jurídica, pois, na religião, a punição é sempre certa e infalível.

Para Sigmund Freud, a unidade do grupo religioso, assim como no caso dos exércitos, adviria de uma relação “libidinal”⁸⁸ entre os membros e seu líder, que ama a todos indistintamente. Porém, há de se asseverar que este vínculo, que é a linguagem, não liga apenas os membros do grupo ao seu líder, mas também uns aos outros, na formação de um repertório comum.

É nessa unidade que radica a força e a união de determinados grupos religiosos, e não apenas no respeito ou apreço ao seu líder. Northrop Frye⁸⁹ desenvolveu um profícuo estudo sobre a relação entre a Bíblia e a literatura ocidental, tendo sido aproveitado por

⁸⁶ Sobre os diversos conceitos do termo, vide: HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1639.

⁸⁷ É da ideia de unidade linguística, no seio de uma determinada religião, que decorrem os estudos da denominada hermenêutica teológica, uma das mais profícuas vertentes da hermenêutica na atualidade. Cf. RESWEBER, Jean-Paul. *La théologie face au défi herménéutique*. Paris, Vander Navwelaerts, 1975.

⁸⁸ FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas*, vol. XVIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 106.

⁸⁹ FRYE, Northrop. *Código dos códigos: a bíblia e a literatura*. Trad. Flávio Aguiar. São Paulo: Boitempo, 2004.

alguns juristas norte-americanos que estudaram a relação do conceito de justiça e a Bíblia.⁹⁰ Outro estudo, de Elias Lipner⁹¹, demonstra como a inquisição e seus desmandos alteraram a significação que era dada às palavras em língua portuguesa, mudando sua carga emocional e fazendo com que se alterasse o comportamento dos indivíduos: até mesmo termos tidos como agradáveis, denotadores de coisas boas, como “familiar”⁹², foram subvertidos, tendo sido utilizado, tanto na forma adjetiva como subjetiva, para designar os oficiais do Santo Ofício, causando repulsa ao mais mezinheiro dos homens.

Essa força perlocucionária da religião faz com que, na atualidade, ela tenha se tornado uma das maiores fontes de conflitos linguísticos, tratados no âmbito do Direito Penal como delitos “culturalmente condicionados”.⁹³

3.4. 2.1.3. Cultura

A palavra cultura é semanticamente equívoca, tem muitos significados, cada qual atinente à determinada área do conhecimento humano.⁹⁴ Para Herbert Marcuse, “a cultura parece ser definida assim como a união dos fins morais, estéticos e intelectuais (valores) que uma sociedade considera como objeto da organização, da divisão e da direção do trabalho, o ‘bem’, o qual o modo de vida que ela instituiu e outorgou aos seus membros”⁹⁵; em sentido similar, Miguel Reale define a cultura como “o cabedal de bens objetivados pelo espírito humano”⁹⁶, isto é, os valores cultivados por determinada sociedade durante certo período histórico.

⁹⁰ Por todos, vide: DONAHUE, Jonh. R. Biblical perspective on justice. In: HAUGHEY, John C. *The Faith that does justice: examining the christian source of social change*. Nova Iorque: Paulist Press, 1977.

⁹¹ LIPNER, Elias. *Santa inquisição: terror e linguagem*. Rio de Janeiro: Editora Documentário, 1977.

⁹² LIPNER, Elias. *Santa inquisição: terror e linguagem*. Rio de Janeiro: Editora Documentário, 1977. p. 8 e 70.

⁹³ Cf. BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il Diritto Penale nella società multiculturali*. Roma: Giuffrè, 2010.

⁹⁴ Sobre os vários conceitos de cultura, especialmente na Filosofia, cf. MARTENS, Ekkehard; SCHNÄDELBACH, Herbert (orgs.). *Philosophie: ein Grundkurs – Band 2*. Hamburgo: Rewohlts, 1991. P. 508 e ss.

⁹⁵ MARCUSE, Hebert. *Culture et société*. Paris: Les Éditions de Minut, 1970. p. 311.

⁹⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 218.

Zygmunt Bauman, em extensa obra sobre o tema⁹⁷, cria uma complexa teoria para explicar o conceito de cultura. No aspecto conceitual, o termo cultura é entendido como hierarquia, método de diferenciação social ou como estrutura social; contudo, propõe o filósofo, que a cultura se conceituada de maneira prática, como as práticas culturais, liberta das amarras do método científico das ciências sociais.

A cultura é tida como um fenômeno geral, o gênero, que abarca todas as espécies aqui descritas, inclusive os aspectos linguísticos, religiosos e econômicos⁹⁸: a cultura é o meio que condiciona todos os demais objetos, ditos culturais, como a linguagem. Contudo, para este trabalho, é importante destacar que é a linguagem que influencia a cultura, não o contrário. Se, para a produção do conhecimento em qualquer das suas formas é necessária a pré-compreensão da linguagem, a existência de um repertório linguístico, é a linguagem o meio onde a cultura é construída e propagada.⁹⁹

Contudo, não podemos olvidar que a cultura só existe na medida em que existe a comunicação, um fenômeno linguístico: as manifestações culturais são formas de comunicação, ainda que sejam realizadas numa linguagem incompreensível (ao menos para maioria).

O costume tratado como um fenômeno cultural não é nada mais do que uma repetição comunicativa, que com o passar do tempo, é tida como obrigatória pelos membros de determinado sistema. No mesmo sentido, a contracultura e a subcultura são apenas (sub)sistemas linguísticos, se diferenciados apenas na intensidade do questionamento dos “valores” sociais.

3.4. 2.1.4. Educação

⁹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

⁹⁸ Sobre o conceito de cultura e sua evolução histórica, *vide*: BAUMAN, Zygmunt. *A cultura no mundo líquido moderno*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 7 e ss.

⁹⁹ Segundo nossa perspectiva, o *paradoxo de Humboldt*, que questiona se é a língua que condiciona a cultura, ou a cultura que condiciona a língua, estaria resolvido, pois não se poderia pensar na cultura sem uma pré-compreensão da linguagem que, inclusive, deve ser comum a todos os membros de uma determinada “cultura”.

A influência da educação na linguagem é um tema bastante complexo, que não pode ser analisado de maneira simplista. Como este estudo pretende apenas lançar alguns conceitos de linguística para que possamos reavaliar alguns institutos de Direito Penal, no caso, devemos tomar educação como “o estabelecimento de comportamentos que serão vantajosos para o indivíduo e para outros em algum tempo futuro”.¹⁰⁰

A educação provém de diversas fontes, não só das formais, como escolas e universidades (escolaridade), mas de outros meios como a família e a religião (educação *lato sensu*). Talvez seja a educação o elemento da variação sociocultural que melhor demonstre a nossa posição, de que o indivíduo primeiro tem de adquirir o conhecimento da língua para que depois possa construir o conhecimento, pois é a educação que constrói o repertório linguístico do indivíduo, a partir de um processo de repetição e assimilação.

Enquanto outros meios como a economia, por exemplo, apenas fazem com que o indivíduo escolha manter um comportamento, na educação é que o comportamento é construído¹⁰¹, seja ele socialmente aceito ou não. Assim, deve-se entender que o termo educação não está ligado apenas à educação formal (escolaridade)¹⁰² ou à educação religiosa e cultural, mas também a outras espécies de aquisição de conhecimento, como o conhecimento vulgar que é repassado de forma oral, mas que não perde seu caráter educacional.

Como o Direito é um sistema linguístico “formal”, que advém de uma imposição estatal que não necessariamente representa o repertório linguístico da sociedade¹⁰³, a

¹⁰⁰ SKINNER, Burhus Frederic. *Ciência do comportamento humano*. Trad. João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 437

¹⁰¹ A educação dá ênfase à aquisição do comportamento em lugar de sua manutenção. Onde o controle religioso, governamental e econômico preocupa-se com tornar mais prováveis certos tipos de comportamento, o reforço educacional simplesmente faz certas formas prováveis em determinadas circunstâncias. Ao preparar o indivíduo para situações que ainda não surgiram, os operantes discriminativos são colocados sob o controle de estímulos que provavelmente ocorrerão nessas situações. (SKINNER, Burhus Frederic. *Ciência do comportamento humano*. Trad. João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 437).

¹⁰² “Uma derivação do mito da língua ‘primitiva’ é a ideia de que as pessoas que não têm educação formal e não se valem das formas linguísticas padronizadas e prescritas pela tradição gramatical ‘falam tudo errado’. Assim como os europeus consideravam-se superiores aos negros, aos índios, aos polinésios, aos aborígenes australianos etc., também muitas pessoas das camadas dominantes da sociedade consideram que os pobres, os analfabetos, os habitantes da zona rural (e, em alguns lugares, as mulheres, os jovens, os negros, os judeus, os imigrantes etc.) não sabem falar, têm vocabulário pobre e são incapazes de raciocínio lógico. É a expressão mais clara e vigorosa do preconceito linguístico, conjunto de ideias que se manifesta concretamente na **discriminação pela linguagem**.” (BAGNO, Marcos. Gramática pedagógica do português brasileiro. São Paulo: Parábola, 2011. p. 96).

¹⁰³ Certamente não é nossa pretensão discutir, neste trabalho, a relação entre direito e moral, que demanda um estudo monográfico específico. Contudo, é certo que o fato de o direito ser uma linguagem “artificializada”,

educação formal faz com que o indivíduo possa, ao menos em tese, alcançar uma melhor consciência da ilicitude. Contudo, não podemos ser simplistas a ponto de tornarmos tal afirmação uma regra, até mesmo porque o repertório linguístico de um indivíduo é impossível de ser medido empiricamente com exatidão, tratando-se de uma construção teórica, mas, de forma geral, a educação formal cria repertórios mais completos, inclusive para fins de conhecimento da norma, do que o conhecimento vulgar.

Além disso, há de se asseverar que a existência de um repertório mais ou menos vasto apenas influencia o potencial conhecimento da ilicitude da conduta (ou dos elementos linguísticos que integram a lei), mas não o cometimento do crime, que está atrelado a fatores muito mais complexos que não serão aqui analisados.

3.4. 2.1.5. Etnia

Os linguistas costumam relacionar as variações linguísticas socioculturais à etnia. No grupo étnico, além das semelhanças linguísticas e culturais, que caracterizam o grupo social, existem semelhanças genéticas e morfológicas.

Há de se asseverar, contudo, que o conceito de etnia não se confunde com o de raça, “a divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo etc.)”.¹⁰⁴ A ideia de raça, típica dos estudos científicos do final do século XIX e início do século XX, não pode ser admitida, pois não existe uma diferença genética suficiente para caracterizar a existência de diversas raças, mas de apenas uma, a humana.

A despeito da carga semântica negativa que qualquer tentativa de classificação dos seres humanos em razão de elementos étnicos possa carregar, existe unidade linguística no interior dos grupos étnicos. Muitas vezes as análises linguísticas desses grupos são estereotipadas, pois se espera que o indivíduo que pertença à determinada etnia fale e atue

imposta por determinado grupo em detrimento de outros, faz com que seja muito difícil para alguns grupos atingirem a consciência da ilicitude sobre alguns crimes.

¹⁰⁴ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1602.

de determinada maneira, porém, a unidade linguística se faz presente em razão da existência de uma identidade de grupo.

Neste estudo, contudo, como o termo etnia é semanticamente dúbio, pois denota características essenciais (genéticas e morfológicas) associadas a características acidentais (religião, cultura, etc.), havendo certa prevalência daquelas, preferimos não utilizá-la, até mesmo porque não existe prova de que fatores genéticos associados a elementos linguísticos deem causa a qualquer espécie de criminalidade.

3.4. 2.1.6. Economia

Em todas as ciências, estudar as implicações da economia nunca é uma tarefa fácil, pois o termo geralmente é associado à pobreza, sendo difícil desvincular-se dessa ideia. No campo da linguística, os trabalhos que mais se desvinculam são os que estudam a influência da distinção gramatical entre passado e presente na taxa de poupança.¹⁰⁵

Porém, para este trabalho, a análise não pode ser realizada de forma tão restrita, limitada aos aspectos gramaticais e a sua influência nas taxas de poupança e, por isto, o termo economia aqui é tomado na acepção de economia política¹⁰⁶, não só no aspecto macroeconômico como no microeconômico. Além disso, o caminho será inverso: não estudamos como a linguagem influencia a economia, mas sim como a economia influencia a linguagem.

Não só a condição financeira do indivíduo (aspecto microeconômico) influencia seu repertório linguístico¹⁰⁷, permitindo que ele alcance um maior nível educacional, por exemplo, mas também escolhas políticas tomadas pelo Governo (aspecto macroeconômico): a maior ou menor abertura do mercado, os incentivos governamentais ao consumo ou sua política assistencialista, por exemplo, causam variações nos repertórios linguísticos dos indivíduos.

¹⁰⁵ CHEN, M. Keith. *The effect of language on economic behavior: evidence from saving rates, health behaviors, and retirement assets*. Disponível em: <<http://faculty.som.yale.edu/keithchen>>. Acesso em 28 de maio de 2013.

¹⁰⁶ “Ciência social que estuda os processos políticos e econômicos, suas inter-relações e influência sobre as instituições sociais.” (HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 720).

¹⁰⁷ Cf. LABOV, William. *The effect of social mobility on linguistic behavior*.

Para não nos estendermos demais neste estudo, nos debruçaremos sobre três aspectos: a linguagem do assistencialismo, do consumo e do mercado.

3.4.2.1.6.1. A linguagem do assistencialismo: controle das massas e crime organizado

O assistencialismo, aqui entendido como a prática de aliciamento político da população através de uma encenação de assistência social, é fundado na ideia de controle político para que a sociedade apoie (ou, pelo menos, não desaprove) determinado governo. Apesar de ser um fenômeno que tem claramente uma finalidade alienante, o assistencialismo “político” é típico de uma sociedade composta por cidadãos, sujeitos que, de alguma forma, decidem o futuro político do Estado.

Esse assistencialismo, na sua vertente mais usual, aqui denominada de populista, se consubstancia no fornecimento de alimentação ou valores à população carente, sob a alegação de se tratar de uma distribuição da riqueza, quando, na verdade, se trata de um verdadeiro controle. Noutra baila, naquilo que se pode chamar de assistencialismo “às avessas”¹⁰⁸, o governo forneceria benefícios econômicos como subsídio e financiamentos aos indivíduos pertencentes à camada mais rica da população, não como meio de dominação (o que seria, em tese, impossível), mas como meio de garantia do apoio político.

A política do assistencialismo em sua vertente populista é complementada pelo entretenimento, como ocorria na “política do pão e circo” da Roma Antiga.¹⁰⁹ O entretenimento como política de controle social geralmente é confundido com a televisão e sua programação, contudo, pode se consubstanciar em outras formas de espetáculo como, por exemplo, os desfiles militares.

¹⁰⁸ Denomina-se, aqui, de assistencialismo “às avessas” por se tratar de um fenômeno que subverte a ideia originária de assistencialismo, assim como ocorre com a teoria da culpabilidade, que admite uma modalidade “às avessas”.

¹⁰⁹ A Roma Antiga era uma sociedade eminentemente composta de cidadãos, homens livres que compunham a força comercial e militar do Estado, e que, por isto, lhes era fornecida uma ração mensal de trigo, além, obviamente, dos jogos que eram rotineiramente oferecidos pelos políticos.

No âmbito linguístico (e, nesse ponto, interessante também ao Direito Penal), o assistencialismo populista tem como finalidade precípua modificar o comportamento dos cidadãos, para que eles não atuem contra o Estado. Contudo, como ocorre na atualidade no Brasil e em diversos países europeus, o assistencialismo desmedido cria nos indivíduos a ideia de que tudo lhes deve ser fornecido pelo Estado, gerando, quando expectativas são frustradas, surtos de violência.¹¹⁰

Além disso, é interessante notar que a linguagem do assistencialismo fez com que surgissem as primeiras organizações criminosas, no início do século XVI (v.g., Máfias italianas, *Yakuza* e Tríades chinesas), como movimentos de proteção dos trabalhadores rurais contra as arbitrariedades praticadas pelos donos da terra e pelo Estado.¹¹¹ Com o tempo, essa função de proteção foi suplantada pelo assistencialismo, suprimindo as omissões do Estado.¹¹²

Esse assistencialismo faz com que tais organizações sejam, muitas vezes, romantizadas e aceitas pela sociedade, pois são associadas ao bem comum e à igualdade, fato que, para alguns, tornaria (moralmente) legítimos determinados comportamentos criminosos.

3.4.2.1.6.2. A linguagem do consumo e a violência

O consumo é, por excelência, o meio de circulação da riqueza, fortalece o mercado e fundamenta todo o sistema capitalista. Apesar da aparente novidade, a questão é tratada por filósofos e economistas desde meados do século XIX, quando Jean-Baptiste Say criou a ideia de consumo reprodutivo e consumo improdutivo: o consumo reprodutivo é aquele realizado “por um negociante, um artesão, um agricultor, em busca das matérias-primas, dos serviços produtivos e o consumo para obtenção de novos produtos”¹¹³; já o consumo

¹¹⁰ Barrington Moore Jr., ao estudar a correlação entre as revoltas nas minas de carvão alemãs, ocorridas na segunda década do século XX, e o surgimento do nazismo, conclui que as revoltas populares estão intrinsecamente ligadas ao sentimento de injustiça social. (*Injustice: the social bases of obedience and revolt*. Londres: Macmillan, 1978).

¹¹¹ SILVA, Eduardo Araújo da. Crime organizado: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003. p. 16.

¹¹² Sobre o surgimento das facções criminosas, sob um enfoque da psicologia das massas, vide: SHIMIZU, Bruno. *Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

¹¹³ SAY, Jean-Baptiste. *Traite d'economie politique*. Paris: Calman-Lévy, 1972. p. 452.

improdutivo seria aquele “que o homem satisfaz seus mais nobres desejos, ou mesmo aqueles que são considerados os mais vulgares”.¹¹⁴

O consumo improdutivo não é, em si, algo ruim, já que satisfaz necessidades humanas.¹¹⁵ Desde tempos imemoráveis existe a linguagem do consumo, que se confunde com a linguagem da propaganda, que busca influenciar o comportamento do indivíduo no sentido de consumir este ou aquele item. Contudo, na sociedade moderna, a existência daquilo que Gilles Lipovetsky denominou de “hiperconsumo”¹¹⁶, fez com que a linguagem do consumo ganhasse grande importância, inclusive na seara do Direito Penal.

A superexposição intencional das marcas de consumo nos meios de comunicação faz com que as condutas dos indivíduos, especialmente dos jovens, criminosas ou não, sejam por elas influenciadas. Um adolescente, fortemente exposto à publicidade de um par de tênis da moda, pode ser influenciado a, por exemplo, cometer um roubo para obtê-los.¹¹⁷

Seria negar a própria realidade se afirmássemos que esse desejo pelas marcas não influencia o comportamento criminoso de crianças e adolescentes. Como se não bastasse, tal comportamento, muitas das vezes, é influenciado pelos próprios pais:

Eu acho que se tu falava assim ó, “Báh pai! Tô com vontade de comprar um tênis”. Ai ele báh, tem que arranjar grana pra comprar o tênis... pode trabalhar de qualquer coisa... de vender droga ou fazer outra coisa, mas ele não vai, ele vai lá trabalhar de vender droga ele vai ver, vai ganhar dinheiro. (sic)¹¹⁸

A criminalidade patrimonial, principalmente a perpetrada por crianças e adolescentes é com certeza a pior consequência da conturbada relação entre consumo e

¹¹⁴ SAY, Jean-Baptiste. *Traite d'economie politique*. Paris: Calman-Lévy, 1972. p. 456.

¹¹⁵ “Se reduzido à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos como todos os outros organismos vivos”. (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação de pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 37).

¹¹⁶ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

¹¹⁷ Zygmunt Bauman afirma que os jovens são tratados, pela sociedade do consumo, como “lata de lixo”, um campo fértil a disseminação do consumismo mais banal. (*Sobre educação e juventude*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 51 e ss.).

¹¹⁸ Depoimento, grupo de discussão de menores da Vila Cruzeiro. 08 de novembro de 2007. In: LEONARDI, Guilene. *Consumo e violência: um estudo sobre jovens moradores da Vila Cruzeiro*. 25 f. (bacharelado Publicidade e Propaganda). Curso de Publicidade e Propaganda, Escola Superior de Propaganda e Marketing. 2007. p. 14.

violência. Porém, na sociedade do consumo, onde a marca ostentada por determinado produto tem muito mais valor do que a sua qualidade, a relação entre consumo e criminalidade se revela de maneira muito mais lucrativa e denominada pelas organizações criminosas através da chamada pirataria.

O que se convencionou denominar “pirataria” é, na verdade, o conjunto de crimes contra a propriedade imaterial perpetrados por individuais ou organizações criminosas. Esses crimes vão desde a falsificação de roupas, tênis, relógios e CDs, chegando à falsificação de remédios e cosméticos caros (que não deixam de ser bens de consumo), com consequências danosas a seus consumidores.

Na verdade, existe uma diferença entre as cópias “baratas” e as verdadeiras contrafações: enquanto nas meras cópias, o produto apenas ostenta determinada marca (v.g. Gucci, Rolex, etc.) sem se parecer com nenhum produto verdadeiro da marca imitada, nas contrafações propriamente ditas, ocorre “a usurpação, por uma empresa, muito mais de um produto em particular do que de uma marca, imitando não o seu título (nome) mas a essência de suas características, induzindo a confusão”¹¹⁹, sendo esta a forma mais danosa de pirataria.

Os consumidores são enganados pelos falsários, verdadeiras vítimas; contudo, existem, aqueles que compram os produtos porque desejam ostentar determinada marca, mas não desejam pagar pelo seu verdadeiro valor de mercado ou não desejam pagar nada.

3.4.2.1.6.3. A linguagem do mercado e a criminalidade econômica

A livre concorrência e a lógica da autorregulação do mercado são o fundamento do sistema econômico capitalista e, apesar das inegáveis críticas, propiciam o desenvolvimento do conhecimento tecnológico: a necessidade de novos produtos, cada vez melhores, faz com que as empresas invistam em pesquisa e desenvolvimento. Por outro lado, propicia o surgimento da desigualdade social, que não deixa de ser um dos fundamentos do sistema capitalista e da criminalidade.

¹¹⁹ LANEYRIE-DAGEN, Nadeije (org.). *Les grands procès*. Paris: Larousse, 1995. p. 277.

Desde o desenvolvimento da teoria da associação diferencial¹²⁰, tornou-se inegável a relação entre o mercado e a criminalidade, que os grandes conglomerados empresariais, comandados por homens de negócio gananciosos e tidos como cidadãos “de bem” (ou melhor, acima da lei), também cometiam crimes, muitas vezes de forma reiterada. A lógica do capitalismo de mercado faz com que muitos acreditem na legitimidade de atos fraudulentos ou criminosos, como a espionagem industrial ou a própria pirataria como meios legítimos para o equilíbrio da livre concorrência.

“No ano de 1976, a empresa *Polaroid* acusou sua concorrente *Kodak* de piratear suas patentes de fotos instantâneas, atacando-a na justiça”¹²¹, naquela que foi uma das “maiores batalhas jurídicas da história econômica norte-americana”¹²². Anos antes, a *Polaroid* havia criado um produto revolucionário: uma câmera fotográfica que revela suas fotos instantaneamente, sem o auxílio de um laboratório fotográfico. Com isso, a *Kodak* perdeu sua liderança do mercado, recorrendo a táticas criminosas para tentar retomá-la.

Os diretores da *Kodak* entenderam que, sustentados pela liberdade de mercado e pela livre concorrência, poder-se-ia piratear uma linguagem técnica (um modelo de invenção, um produto) de seu concorrente legítimo, sem que isso pudesse ser considerado um crime. Na verdade, economias inteiras se reergueram sobre a pirataria: a economia Japonesa se reergueu através da produção de cópias de produtos europeus e norte-americanos (relógios, televisores, rádios, etc.), por fabricantes como *Toshiba*, *Hitachi*, *Nec*, *Mitsubishi* e tantos outros.

No início, esses produtos eram considerados inferiores, de pouca qualidade, mas, com o tempo ganharam refinamento e superaram os produtos que lhes serviram de modelo, sendo que no final da década de 1990 iniciou-se uma verdadeira guerra nipo-americana: as empresas norte-americanas processaram e venceram várias empresas japonesas pelo domínio de antigas patentes. Com o tempo, contudo, iniciou-se outra disputa: pela

¹²⁰ SUTHERLAND, Edwin H. *Criminologia comparada*. Trad. Faria Costa e Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gukbenkian, 1985; SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de Criminologia*. Trad. Asdrúbal M. Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949; e SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Criminologia*. Trad. Mario Zanchetti. Milão: Giuffrè, 1996.

¹²¹ LANEYRIE-DAGEN, Nadeije (org.). *Les grands procès*. Paris: Larousse, 1995. p. 270.

¹²² LANEYRIE-DAGEN, Nadeije (org.). *Les grands procès*. Paris: Larousse, 1995. p. 270.

apresentação do maior número de patentes em solo americano, com a brilhante vitória dos japoneses¹²³.

Além da pirataria, outro fator recorrente nos meios corporativos é a “blindagem fiscal”, “otimização tributária” e outros meios de interpretação da norma tributária que, algumas vezes, apenas servem para mascarar uma sonegação fiscal. Os empreendedores creem que como são o motor da economia da nação, geram milhares de empregos etc., seria legítimo que não pagassem os impostos devidos e que, na verdade, pagá-los seria um verdadeiro erro, pois tornaria seus produtos menos competitivos frente a seus concorrentes (que não pagam os impostos devidos). Essa lógica é facilmente aplicável ao campo trabalhista e previdenciário, em que o empregador entende que já faz muito ao empregar determinada pessoa e que, por isso, não precisaria garantir seus direitos trabalhistas ou recolher as contribuições previdenciárias devidas.

A ideia da pirataria dos produtos dos concorrentes ou da “blindagem tributária” está arraigada em alguns de nossos empresários, que acreditam que o lucro está acima do bem comum.

3.4.2.3. Sistemas individuais (variação diafásica ou estilística)

A variação estilística ou diafásica consiste nas diferentes formas de linguagem que são empregadas pelo falante na comunicação, conforme as circunstâncias de local ou da relação dele “com as outras pessoas envolvidas na conversação (daquele que fala ou com quem fala)”.¹²⁴ Assim, em determinadas situações, a variação linguística utilizada poderá se aproximar mais ou menos da norma culta.

Esta modalidade de variação, apesar da sua grande importância no estudo da linguística, é irrelevante para o estudo do Direito, já que o “estilo” da linguagem pressupõe uma escolha do falante em que nada afeta seu repertório e sua capacidade de compreender a realidade e a norma.

¹²³ “Em 1990, quatro sociedades japonesas, entre elas *Hitachi* e *Mitsubishi*, depositaram a maioria das licenças em solo norte-americano.” (LANEYRIE-DAGEN, Nadeije (org.). *Les grands procès*. Paris: Larousse, 1995. p. 271).

¹²⁴ SOUTHWORTH, Franklin C.; DASWANI, Chander J. *Foundations of linguistics*. Nova Iorque: The Free Press, 1974. p. 252.

3.5. CONFLITO LINGUÍSTICO

“Na história, desde que a Torre de Babel foi abandonada inacabada, os contatos entre diferentes línguas resultaram, inevitavelmente, em conflito entre os falantes.”¹²⁵ Esses contatos entre os falantes de línguas diversas se consubstancia naquilo que é chamado pela sociolinguística de “contato linguístico”¹²⁶, uma interação usual entre os indivíduos¹²⁷ falantes de duas línguas diversas que estão geograficamente próximas ou que ocupam o mesmo espaço geográfico, sem que haja necessariamente conflito.

Contudo, em algumas situações, o contato linguístico não se desenvolve de maneira pacífica. Ao contrário, os valores e crenças dos grupos (que compõem seu repertório linguístico) entram em conflito, gerando um maior ou menor grau de tensão e, quando essa tensão atinge níveis políticos consideráveis e, conseqüentemente jurídicos, estamos diante do “conflito linguístico”.¹²⁸

O fenômeno do conflito linguístico geralmente é associado às interações entre grupos étnicos.¹²⁹ Porém, o conflito vai muito além de uma mera relação entre etnias diversas. Como já discurremos, quanto tratamos das variações linguísticas, diversos fatores podem influenciar a formação do repertório linguístico do indivíduo, mesmo dentro de um único sistema de linguagem. No conflito, onde as interações se dão entre falantes de dois sistemas distintos, a diferença na formação do repertório é ainda mais exacerbada.

¹²⁵ NELDE, Hans Peter. Language conflict. In: COULMAS, Florian (org.). *The handbook of sociolinguistics*. Londres: Blackwell Publishing, 1998. p. 194.

¹²⁶ Trask conceitua o verbete “contato linguístico” como “mudanças numa língua que resultam da influência de outra língua”. (TRASK, R. L. *Dicionário de linguística*. Trad. Rodolfo Ilari. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 65).

¹²⁷ Aqui há de se destacar que estas interações linguísticas são sempre entre indivíduos falantes de línguas diversas, e não entre as línguas.

¹²⁸ “Quando a população falante de uma língua A se vê constrangida a falar uma língua B diferente da sua – por emigração, conquista, banimento, colonização, escravização etc. –, o contato dessas duas línguas provocará mudanças principalmente na língua B, devidas a diversos fatores que se conjugam nesse processo, entre os quais a exposição mais ou menos intensa dos falantes da língua B, de modo que possam aprendê-la com maior ou menor grau de proficiência. O tipo de constrangimento que leva uma população a tentar se apoderar de uma língua diferente também incide nos processos de mudança. O mais importante é ressaltar que **o contato linguístico acelera o ritmo das mudanças** que, em outra situação, se processariam decerto mais lentamente. Dependendo da natureza desse contato, essas mudanças podem ser mais ou menos radicais. [...]”. (BAGNO, Marcos. *Gramática pedagógica do português brasileiro*. São Paulo: Parábola, 2011. p. 133).

¹²⁹ LAITIN, David. D. *Language conflict and violence: or the straw strengthened the camel's back*.

Essa situação é bastante evidente nos fluxos migratórios dos países da África e Oriente Médio para Europa. Os indivíduos daquelas regiões, ao chegarem ao Continente Europeu, veem seus hábitos e crenças confrontados pelos hábitos, crenças e muitas vezes pelo Direito da nação que os acolhe.¹³⁰ É o caso, por exemplo, do uso da burca por mulheres muçulmanas, da utilização de substâncias psicoativas com caráter religioso e das mutilações femininas, entre outros, que têm sido muito debatidos.

3.5.1. Conflitos linguísticos “naturais” e “artificiais”

Os linguistas costumam diferenciar entre os conflitos linguísticos naturais e os artificiais. Os conflitos linguísticos ditos “naturais” são aqueles que ocorrem quando os falantes de uma língua são incapazes, foneticamente, de assimilar o conteúdo de outra língua, pertencente ao grupo social que os domina.¹³¹ É o que ocorreu com os povos germânicos quando da dominação romana, e com os índios, quando em contato com os colonizadores europeus.

“Conflitos linguísticos naturais podem se tornar um problema quando a ideologia de cada uma das partes – não só da minoria, como da maioria – é utilizada para intensificar as diferenças existentes”¹³², e a coexistência pacífica pode ser minada quando a língua é erigida ao símbolo pela luta de um dos grupos.

Esse conflito tem importância para o Direito quando, por exemplo, tratamos das questões jurídicas do índio não aculturado, conforme se verá, mas, na sociedade atual é raramente encontrado, tendo sido suplantado pelos conflitos artificiais.

O conflito linguístico artificial é aquele que ocorre quando um grupo, falante de determinada língua, impõe, artificialmente a outro grupo, este sistema. É o caso de conflito linguístico mais comum na atualidade, pois muitas nações, como o Brasil e os Estados

¹³⁰ Cf. BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il Diritto Penale nella società multiculturali*. Roma: Giuffrè, 2010. p. 13 e ss.

¹³¹ NELDE, Hans Peter. Language conflict. In: COULMAS, Florian (org.). *The handbook of sociolinguistics*. Londres: Blackwell Publishing, 1998. p. 198.

¹³² NELDE, Hans Peter. Language conflict. In: COULMAS, Florian (org.). *The handbook of sociolinguistics*. Londres: Blackwell Publishing, 1998. p. 198.

Unidos da América, por exemplo, impõem em suas constituições a adoção da língua oficial nas escolas e nos atos oficiais.

A imposição da língua tem como fundamento a uniformização e a união do povo do país, mas pode, em certas circunstâncias, ocasionar o conflito linguístico, como ocorre, por exemplo, nos estados Norte-Americanos onde há grande concentração de imigrantes latinos, falantes da língua espanhola e que, muitas vezes mesmo sendo a maioria da população, são obrigados a adotar a língua inglesa.

É de se notar que o próprio Direito é uma linguagem natural, porque não formalizada, isto é, axiológica e não lógica, mas, na medida em que é um sistema linguístico criado com a finalidade de modificar comportamentos, o legislador pode atribuir a determinados signos significações específicas, transmutando-a numa linguagem artificial.¹³³ Nessa medida, a linguagem do Direito, muitas vezes conflita com os sistemas linguísticos “naturais” propriamente ditos, especialmente em situações onde falantes de determinado sistema linguístico (v.g., imigrantes) são submetidos à linguagem artificial de outro sistema.

Assim, para um imigrante pode ser, em razão da ausência de repertório linguístico da língua do país que o acolhe, muito difícil construir o sentido da norma jurídica, como, por exemplo, nos casos dos crimes sexuais, onde a incriminação depende de diversos fatores “culturais”, muito próprios de cada sistema linguístico.

3.5.2 Conflitos linguísticos, políticos e jurídicos

É possível também dividir os conflitos linguísticos em políticos e jurídicos. Os conflitos linguísticos políticos são aqueles que ocorrem apenas no plano no discurso, das reivindicações políticas, em regra das minorias, que almejam ver seus direitos politicamente reconhecidos. Já o conflito jurídico é aquele que, extrapolando o plano meramente político, viola uma norma jurídica.

¹³³ Assim, em algumas hipóteses, a atribuição de significação feita pelo legislador se afasta tanto da realidade intersubjetiva da comunicação da sociedade que se cria uma verdadeira linguagem artificial, como a linguagem da Lógica ou da informática, onde os valores de cada signo são atribuídos arbitrariamente pelos criados do sistema linguístico.

É possível que o conflito linguístico jurídico faça com que os falantes de determinadas línguas violem normas civis ou administrativas, contudo, o tema é mais afeito à seara penal.

No âmbito do Direito Penal, o conflito entre “culturas” é debatido através do fenômeno que se denomina de “delitos culturalmente condicionados”¹³⁴, que busca fundamento na “cultural defense”, e da coculpabilidade, que tem fundamento sociológico. Porém, os problemas apresentados por esta espécie de criminalidade podem ser resolvidos através de um estudo do erro no Direito Penal fundado na teoria da linguagem, na teoria do conflito de linguagem.

¹³⁴ Cf. BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il Diritto Penale nella società multiculturali*. Roma: Giuffrè, 2010.

CAPÍTULO 4

SEMIÓTICA

4.1. Postulados para o estudo da semiótica aplicada ao Direito

Em linhas gerais, a semiótica pode ser conceituada como a reflexão sistemática sobre os signos. Seu estudo aprofundado mostra-se extremamente dificultoso, especialmente porque este ramo do conhecimento humano, sobre o qual se debruçaram grandes filósofos e linguistas, cada qual com sua reflexão peculiar, situa-se no limite entre a linguística e Filosofia.¹³⁵

A divisão tripartida da semiótica em “sintática”, “semântica” e “pragmática”, adotada neste trabalho, foi inicialmente proposta por Charles Morris, na sua obra *Foundations of the theory of signs*, numa tentativa de aperfeiçoar o estudo das ciências humanas através dos rigores da lógica. Contudo, é certo que a divisão do conhecimento semiótico em três dimensões sempre teve um caráter muito mais lógico (e didático) do que propriamente linguístico, porque, no estudo da linguagem natural, em seu uso cotidiano, tais rigores são superados por um estudo voltado à pragmática da comunicação.¹³⁶

Com o advento da gramática generativa e de todos os seus desdobramentos (até o desenvolvimento da teoria minimalista), busca-se a superação das dimensões da semiose, especialmente ao se considerar a possibilidade de uma análise semântico-sintática¹³⁷, através do estudo das estruturas profundas dos enunciados, que é inseparável do aspecto pragmático.

¹³⁵ Como bem anota Colin Cherry: “Uma das grandes dificuldades em discutir um assunto que se situa na fronteira de vários campos delimitados é a escolha da linguagem e de definições. Quiçá seja verdade que os conceitos possam ser validamente pertinentes em diferentes campos; contudo sua expressão em formas que os estudiosos dessas diversas especialidades aceitem talvez não se demonstre fácil. Em cada campo, pode já haver conjuntos de definições, e possivelmente os estudiosos relutarão em alterar, modificar ou ampliar suas definições costumeiras, ajustados aos seus propósitos específicos, para que sirvam aos interesses de outrem.” (*A comunicação humana*. Trad. José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1972. P. 22).

¹³⁶ Nesse sentido: ARAUJO, Clarice von Oertzen de. *Incidência jurídica: teoria e crítica*. São Paulo: Noeses, 2011. P. 166.

¹³⁷ LIEFRINK. Frans. *Semantico-syntax*. Londres: Longman, 1973.

No estudo do Direito, a tripartição da semiose mostra-se imprescindível não só por razões didáticas, mas também por razões lógicas, já que a linguagem jurídica (prescritiva), diferentemente da linguagem natural, apresenta uma sintaxe muito mais complexa, composta de três níveis (sintática da norma jurídica, sintática do enunciado normativo e sintática do Direito), que se relacionam de forma diversa com a semântica e com a pragmática.

Contudo, não significa que se deve adotar um método semiótico de interpretação jurídica, já que, como se verá, a interpretação é um ato ametódico.¹³⁸

4.2. SINTAXE

A sintaxe estuda a estrutura formal da sentença no seu aspecto lógico-gramatical. É o estudo das relações que os diversos signos de um sistema linguístico podem manter entre si e das regras que permitem a construção de estruturas complexas, denominadas sintagmas.

A sintaxe, em razão do seu aspecto lógico-gramatical, recebeu o maior aporte teórico que as demais dimensões da semiose, tendo os filósofos se debruçado sobre o seu aspecto lógico¹³⁹ e os linguistas sobre o seu aspecto gramatical¹⁴⁰.

No estudo do Direito através da semiótica, tanto a sintaxe-lógica como a sintaxe-gramatical são relevantes, pois são instrumentos para o estudo de níveis diversos do discurso jurídico: a sintaxe-lógica nos permite o estudo do discurso prescritivo da norma jurídica, e a sintaxe-gramatical o estudo do discurso descritivo dos enunciados normativos.

4.2.1. Sintaxe da norma jurídica

¹³⁸ Sobre a questão do método na interpretação jurídica, vide item “1.3. Métodos de interpretação” da Terceira Parte.

¹³⁹ MENNE, Alber; FREY, Gerhard. *Logik und Sprache*. Bern: Francke Verlag, 1974.

¹⁴⁰ CHOMSKY, Noam. *Aspectos da teoria da sintaxe*. Trad. José Antonio Meireles e Eduardo Piva Raposo. Coimbra: Armênio Amado, 1975.

As normas jurídicas são sintaticamente homogêneas e semanticamente heterogêneas¹⁴¹. Na linguagem natural, é possível uma combinação sintática praticamente ilimitada entre os signos que compõem determinada língua, contudo, na linguagem jurídica, a norma jurídica possui apenas uma formulação lógico-sintática.

Essa formulação não se confunde com o enunciado da lei que pode, em tese, assumir qualquer forma sintática prevista na língua; contudo, a norma jurídica que é a partir dele construída sempre se apresenta na forma de um juízo hipotético biproposicional. É composta de uma proposição antecedente, também denominada hipótese (H), de uma proposição consequente (C), também denominada de sanção, interligadas por um functor condicional “se...então”¹⁴², que implicada na veracidade de ambas as proposições, modalizadas pelo functor-de-functor deôntico (D), perfazem a seguinte estrutura em linguagem formalizada:

$$D(H \rightarrow C)$$

Na norma jurídica primária (norma de conduta), a cópula deôntica faz surgir uma relação jurídica entre sujeitos, condicionada pela lei do quarto excluído¹⁴³, que se consubstancia numa conduta obrigatória (O), proibida (V) ou permitida (P).

Da mesma forma, na formulação da norma jurídica completa, onde ocorre a cópula da norma jurídica primária (N) com a norma jurídica secundária ou de sanção (N'), a estrutura sintática se mantém imutável, havendo apenas uma conjugação através do functor “ou” na sua forma includente ($\vee$).

Assim, numa representação em linguagem formalizada temos:

$$N \vee N'$$

$$D[(H \rightarrow C) \vee (H' \rightarrow C')]$$

¹⁴¹ Vide: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 9.

¹⁴² Com relação à aplicação dos funtores na lógica deôntica, vide: VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2010. p. 73 e ss.

¹⁴³ A lei (ou princípio) do quarto excluído é um postulado da lógica deôntica que determina que, das normas, só podem emanar três relacionais deônticos: obrigatório (o), proibido (v) e permitido (p).

O estudo sintaxe da norma é relevante para a compreensão de casos em que a incidência da norma jurídica apresenta vários consequentes $[H \rightarrow (C \text{ e } C' \text{ e } C'')]$, como nos casos em que além da sanção penal exista, por exemplo, uma sanção civil ou administrativa, ou nos casos em que várias hipóteses incidem de forma aditiva (cumulativa) $[(H \text{ e } H') \rightarrow C]$ ou alternativa $[(H \text{ ou } H') \rightarrow C]$, dando causa ao mesmo consequente.

4.2.1.1. Estrutura sintática fundamental da norma penal

No Direito Penal, assim como em qualquer outro ramo do Direito, a hipótese da norma de conduta (H_{nc}) dá origem ao consequente da norma de conduta (C_{nc}). Por sua vez, a violação do consequente da norma de conduta, origina a hipótese da norma de sanção (H_{ns}), que tem como consequente a sanção penal (C_{ns}).

Contudo, em razão do farto desenvolvimento da teoria analítica do crime, que decompõe seu estudo em três elementos, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, a ordenação lógica desses elementos positivos de imputação¹⁴⁴ dentro da estrutura normativa mostra-se relevante.¹⁴⁵

Como o Direito Penal não é um sistema isolado, uma disciplina a parte do Direito e, na verdade, constitui a última linha de sanção do Estado (*ultima ratio*), o primeiro elemento do conceito analítico do crime a incidir é a ilicitude ($I_{ilicitude}$).¹⁴⁶ Nessa medida, o Direito Penal só pode pretender sancionar concretamente condutas que já sejam consideradas ilícitas em outros ramos do Direito.

¹⁴⁴ Diz-se que são elementos positivos de imputação porque a sua incidência faz com que a norma incida, diferentemente do que ocorre com os elementos negativos de imputação que, quando presentes, impedem a incidência da norma.

¹⁴⁵ Sobre as normas jurídico-penais, vide: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximação ao Direito Penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 479 e ss.

¹⁴⁶ “O primeiro nível de diferenciação da teoria do delito, dentro de uma concepção atinente aos requisitos de aplicação da pena, reside no conceito de antijuridicidade, umbilicalmente relacionada com as postulações adstritas às normas primárias (normas de conduta). Cuida-se, assim, de pressuposto inicial para a verificação da possibilidade de efetivação da sanção criminal”. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 138 e ss.).

Isso fica muito evidente quando relacionamos o Direito Penal com o Direito Administrativo, por exemplo. Apesar de grande parte da doutrina advogar pela “independência das esferas”, mostra-se uma tautologia, em termos lógico-sintáticos, afirmar que uma conduta considerada lícita pelo Direito Administrativo seja considerada ilícita pelo Direito Penal. Isso não significa que a “ilicitude penal” não possua notas próprias, como por exemplo um conceito de estado de necessidade ou de legítima defesa, mas sim que a ilicitude, antes de se encontrar no Direito Penal, encontra-se no sistema jurídico, no ordenamento jurídico, composto por vários outros ramos do Direito.

De forma contrária, existem condutas que, mesmo sendo ilícitas para outros ramos do Direito, não são sancionadas com a incidência de uma norma penal. Essas condutas, apesar de serem consideradas ilícitas para o sistema jurídico, não são relevantes para o Direito Penal por lhes faltar a tipicidade ($T_{\text{tipicidade}}$). A tipicidade, que integra a hipótese da norma primária, em conjunto com a ilicitude, se consubstancia na incidência hermenêutica¹⁴⁷ do enunciado normativo ao caso concreto.

Não se trata de uma mera subsunção, mas sim da incidência da hipótese descritiva da norma, condicionada por todos os postulados da hermenêutica jurídica. Da hipótese da norma primária, forma-se a sua consequência, que é a proibição penal a todos dirigida (v.g., é proibido subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem).

Em linguagem formalizada, a norma primária (norma de conduta) da norma penal é construída da seguinte maneira:

$$H_{nc}[I_{\text{ilicitude}} \cdot T_{\text{tipicidade}}] \rightarrow C_{nc}$$

Uma vez ocorrendo a incidência da norma primária, é possível a incidência da norma secundária. No caso, a hipótese da norma secundária se consubstancia na culpabilidade ($C_{\text{culpabilidade}}$)¹⁴⁸, no juízo político-criminal de reprovabilidade da conduta e do

¹⁴⁷ A incidência é sempre hermenêutica, contudo, utilizamos o enunciado para reforçar esse sentido.

¹⁴⁸ “O conceito de culpabilidade, diretamente vinculado à norma de sanção, é o segundo nível ou pressuposto para a aplicação da pena no caso concreto” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 164).

agente. Assim, sendo culpável a conduta, incide a hipótese da norma secundária, que dá azo à incidência da sua consequência, que é a pena criminal.

Contudo, aqui cabe uma ressalva que, na perspectiva hermenêutico-estruturante, é muito clara. No consequente da norma de sanção, existe um elemento negativo de incidência, que é a punibilidade ($-P_{\text{punibilidade}}$). Enquanto os elementos analíticos do crime são elementos positivos de imputação, isto é, sua ocorrência permite a incidência da norma penal, a punibilidade atua como um verdadeiro elemento negativo.

Assim, mesmo que estejam presentes todos os elementos positivos de imputação e, consequentemente tenha ocorrido, ao menos em termos analíticos, o crime, caso esteja presente, também, uma causa de extinção da punibilidade (v.g., a prescrição da pretensão punitiva), a norma penal não poderá incidir.¹⁴⁹

Em linguagem formalizada, podemos construir a norma de secundária (norma de sanção) da seguinte forma:

$$H_{\text{ns}}[\text{Culpabilidade}] \longrightarrow C_{\text{ns}}[-P_{\text{punibilidade}}]$$

Sendo assim, fazendo a cópula ($\vee$) da norma primária com a norma secundária, temos a norma penal, que, em linguagem formalizada pode ser descrita da seguinte maneira:

$$H_{\text{nc}}[\text{Ilicitude} \cdot \text{Tipicidade}] \longrightarrow C_{\text{nc}} \vee H_{\text{ns}}[\text{Culpabilidade}] \longrightarrow C_{\text{ns}}[-P_{\text{punibilidade}}]$$

Para sairmos do rigor da linguagem formalizada, construiremos de maneira descritiva a norma do crime de homicídio (art. 121, *caput*, do Código Penal):

¹⁴⁹ Como se verá, não são todas as causas de extinção da punibilidade que impedem a incidência da norma, mas apenas aquelas ocorridas antes da construção da norma individual e concreta, que se dá com a sentença condenatória.

$$H_{nc}[I_{licitude} .(proibido) T_{ipicidade} (matar alguém)] \longrightarrow C_{nc} (é proibido matar alguém)$$

v

$$H_{ns}[C_{ulpabilidade} (se realizar a conduta de matar alguém de forma culpável) \longrightarrow C_{ns} (deverá ser pena de seis a doze anos de reclusão) [-P_{unibilidade} (salvo se presente uma causa de extinção da punibilidade)]]$$

4.2.2. Sintaxe dos enunciados normativos típicos

Como dissemos alhures, a norma jurídica não se confunde com o texto da lei. O discurso prescritivo (normativo, deôntico) é estudado pela sintaxe da norma jurídica. Por outro lado, o discurso descritivo (apofântico e gramatical) que dá suporte à construção da norma, é estudado através da sintaxe dos enunciados normativos.

Diferentemente da sintaxe da norma, que pode ser estudada apenas pela lógica deôntica, a sintaxe dos enunciados pode ser perquirida tanto através da gramática (estudo linguístico propriamente dito) quanto da lógica apofântica ou alética (estudo lógico).

Para que possamos alcançar um estudo lógico do enunciado normativo típico, primeiro temos de entender suas estruturas gramaticais profundas, através do estudo da gramática generativa, para depois, construirmos uma formalização da linguagem, abstraída de qualquer conteúdo semântico ou pragmático.

4.2.2.1. A gramática generativa (aplicada ao estudo dos enunciados normativos típicos)

Antes do aparecimento da *gramática generativa transformacional* de Noam Chomsky¹⁵⁰, que sintetiza a gramática gerativa, a sintagmática e a transformacional, o estudo da linguística era predominantemente descritivo, fundado nas observações empíricas dos sistemas linguísticos e das línguas (propriamente ditas), sem propor um

¹⁵⁰ CHOMSKY, Noam. *Syntactic structures*. Nova Iorque, 1957; outra obra do autor, onde o tema foi aprofundado e consideravelmente modificado: CHOMSKY, Noam. *Aspectos da teoria da sintaxe*. Trad. José Antonio Meireles e Eduardo Piva Raposo. Coimbra: Armênio Amado, 1975.

método teórico para elaboração das orações, ou, em outra seara, meramente lógico (apofântico).

Para construir sua teoria, Chomsky parte do pressuposto de que a linguagem é “um conjunto, finito ou infinito, de sentenças, cada uma finita em extensão e construída a partir de um conjunto finito de elementos”¹⁵¹. Assim, toda língua possui um número certo (finito) de signos linguísticos, e, a partir deles, podem ser elaboradas infinitas sentenças, porém, cada sentença só pode se consubstanciar em um número finito e coeso de signos.

Apesar do número indefinido de orações passíveis de elaboração, todas devem obedecer às regras gramaticais de sintaxe (gramatical). Assim, todos os signos de uma oração devem estar dispostos de forma organizada em torno de um *sintagma verbal*, que exprime uma ação, ou de um *sintagma nominal*, que exprime uma visão estática do mundo.

A existência desses elementos (sintagma verbal e sintagma nominal) permite a ampla aplicação da gramática transformacional a todos os tipos de oração, através da aplicação da distinção entre *estrutura profunda* e *estrutura superficial*.

A estrutura profunda é “a organização da frase em um nível abstrato, gerada unicamente pelas regras de base e que determina a interpretação semântica da oração”¹⁵², enquanto que estrutura superficial “é a organização sintática da frase, tal como ela se apresenta, após terem sido efetuadas as transformações; é a que determina a forma fonética da frase”¹⁵³.

Além desse aspecto sintático, após algumas críticas, Chomsky reconheceu a importância do aspecto semântico na gramática transformacional¹⁵⁴. Na verdade, a importância da semântica é bastante óbvia, já que sem saber qual é o verdadeiro conceito que o signo linguístico deseja expressar, não haverá comunicação, ao menos não uma comunicação livre de ruídos. Essa união da sintaxe com a semântica é que torna a gramática transformacional tão importante para o estudo da linguística e, em especial, do estudo da linguística aplicada ao direito.

¹⁵¹ CHOMSKY, Noam. *Syntactic structures*. Nova Iorque, 1957. p. 13.

¹⁵² DUBOIS, Jean; et alii. *Dicionário de linguística*. Trad. Frederico Pessoa. São Paulo: Cultrix, 1978. *Apud* CAMARGO, Antonio Luíz Chaves de. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 113.

¹⁵³ DUBOIS, Jean; et alii. *Dicionário de linguística*. Trad. Frederico Pessoa. São Paulo: Cultrix, 1978. *Apud* CAMARGO, Antonio Luíz Chaves de. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 113.

¹⁵⁴ CHOMSKY, Noam. *Aspectos da teoria da sintaxe*. Trad. José Antonio Meireles e Eduardo Piva Raposo. Coimbra: Armênio Amado, 1975.

É certo que quando o legislador elabora um enunciado normativo, que a todos se dirige, deve procurar, através dos elementos da sintaxe, ordenar os signos adequados e aplicáveis ao caso, que não são uma escolha abstrata do falante, mas sim uma construção conjunta de todos os falantes de determinado sistema linguístico¹⁵⁵.

Muitas vezes, os estudiosos da linguística estruturam a sintaxe através de fórmulas lógico-matemáticas, representadas através de equações de altíssima complexidade, com dezenas de variáveis. Contudo, para o estudo do Direito, uma ciência humana, é mais racional a utilização da *chamada árvore de análise sintática*. A árvore sintática é uma estrutura de dados disposta em ramos, onde os nós internos são rotulados por símbolos gramaticais não terminais, e os nós-folha, com símbolos gramaticais terminais.

Além da aplicação no estudo da sintaxe das linguagens naturais, as árvores de análise sintática têm vasta aplicação na ciência da computação (onde são denominadas de árvores sintáticas abstratas), já que permitem a análise de orações extensas. No Direito, além da evidente facilidade de compreensão, as árvores sintáticas são mais adequadas do que as fórmulas porque permitem a análise da sentença (terminais) sem que seja necessário a sua substituição por símbolos alfabéticos ou numéricos.

Na elaboração da árvore gramatical, a sentença (S) é composta por diversas categorias gramaticais ou lexicais, como nome (N), verbo (V), adjetivo (A), preposição (P) e advérbio (A_{dv}). Esses elementos se agrupam em categorias frasais ou sintagmáticas, que compõem a estruturação da sentença.

Assim, temos que um sintagma nominal (S_N) é a projeção de um nome (N), sintagma verbal (S_V) é a projeção de um verbo (V), sintagma adjetival (S_A) é a projeção de um adjetivo (A), sintagma preposicional (S_P) é a projeção de uma preposição (P) e, por fim, sintagma adverbial (S_{adv}) é a projeção de um advérbio (A_{dv}).

Além do *elemento nuclear da oração*, a sentença pode conter outros elementos complementares (C) ou modificadores (M). O *complemento (elemento complementar)* é parte do conteúdo sintático-semântico da oração, e dela indissociável. Já o *elemento*

¹⁵⁵ HERDAN, Gustav. *Language as choice and chance*. Groningen: Noordhoff N.V., 1956. Também, no sentido da construção do sentido dos enunciados são os trabalhos de Heidegger e Gadamer, muito bem sintetizados no trabalho de TSAI, Wei-Ding. *Die ontologische Wende der Hermeneutik: Heidegger und Gadamer*. Tese (Doutorado em Filosofia). Ludwig-Maximilians-Universität. 2011.

modificador acrescenta informações que explicam, especificam ou restringem e, portanto, são opcionais e não fazem parte da oração principal (onde está o seu núcleo).

Como não podemos analisar detidamente cada um desses elementos no corpo deste trabalho, realizaremos a análise sintática de um tipo penal, apenas como forma de exemplo¹⁵⁶.

O art. 137, *caput*, do Código Penal tipifica o crime de rixa através da seguinte redação:

Art. 137. Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena – detenção de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

(...).

Podemos representar graficamente esse tipo penal da seguinte forma:

S – Sentença: *(alguém) participar de rixa, salvo para separar os contendores*

S_N – Sintagma nominal: *alguém*

S_V – Sintagma verbal: *participar*

V – Verbo: *participar*

S_P – Sintagma preposicional: *de*

S_N – Sintagma nominal: *rixar*

M – Modificador: *salvo*

P – Preposição: *para*

S_V – Sintagma verbal: *separar*

S_N – Sintagma nominal: *os contendores*

¹⁵⁶ Outros exemplos em: CAMARGO, Antonio Luíz Chaves de. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 92 e ss.

A análise da estrutura profunda da sintaxe nos permite, além de aprofundar a análise dos enunciados, elaborar uma linguagem abstrata e formal do enunciado do tipo penal, através da tradução da estrutura profunda em linguagem formalizada.

4.2.2.2. A formalização do enunciado do tipo

A linguagem formalizada, muito além de uma mera abstração de significados e significações, é a criação de um sistema lógico que, através da análise das constantes e variáveis, permita a análise de estrutura do discurso de determinado sistema linguístico em sua integralidade.

De forma similar, Édson Luís Baldan¹⁵⁷, fundado no pensamento de alguns doutrinadores mexicanos, trabalha com a ideia de “tipo penal lógico-matemático”, um modelo elaborado de imputação¹⁵⁸, fundado no finalismo e na teoria dos elementos

¹⁵⁷ *Intertipicidade penal*. (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. p. 171 e ss.

¹⁵⁸ $T = [(NB(A1+A2+A3+A4+A5) (P1+P2)M)][(J1+J2)(I1+I2)R(E+G+S+F)][W1 \neq W2)V]x1$ – onde temos: N – elemento jurídico-legal; B – bem jurídico; A – sujeito ativo; A1 – voluntariedade; A2 – imputabilidade; A3 – qualidade de garante; A4 – qualidade específica; A5 – pluralidade específica; P – sujeito passivo; P2 – qualidade específica; P3 – pluralidade específica; M – objeto material; J1 – vontade dolosa; J2 – vontade culposa; I1 – atividade; I2 – inatividade; R – resultado material; E – meios; G – referências temporais; S –

negativos do tipo. Contudo, não se trata de uma lógica propriamente matemática, já que fundando, em parte, na lógica deôntica, mas de uma formalização do processo de aplicação da norma penal.

Apesar da possibilidade lógica de elaboração de um modelo de imputação (incidência) da norma penal incriminadora, tem mais validade o estudo lógico do enunciado da norma jurídica.

Todos os enunciados (orações) são compostos de um elemento nuclear, de elementos complementares e de elementos modificadores. Sendo o tipo penal um enunciado, não há de ser diferente. Os tipos penais são sentenças compostas de um verbo-núcleo, junto do qual orbitam diversos elementos complementares linguísticos de cunho cultural ou jurídico (elementos normativos do tipo).

Além desses elementos, podem eventualmente existir elementos modificadores, que acrescentam informações. Tais informações podem ter caráter explicativo, especificador ou restritivo.

Os elementos modificadores explicativos buscam elucidar o significado de algum dos elementos complementares ou do verbo-núcleo do tipo, como no caso dos crimes próprios, onde o elemento, v.g. “funcionário público”, determina que o crime só poderá ser praticado com o concurso de ao menos um indivíduo com aquela qualidade especial. Por sua vez, os elementos modificadores especificadores delimitam o alcance do verbo núcleo do tipo com relação a casos não previstos na sentença principal, como no caso das causas de aumento ou diminuição de pena. Por fim, os elementos modificadores restritivos excluem a incidência do verbo-núcleo do tipo sobre determinada situação, como no caso das causas de justificação (excludentes da ilicitude).

Os elementos modificadores podem vir descritos no preceito primário do *caput* do artigo que define o tipo, no seu preceito secundário, como no caso das condições objetivas de punibilidade, ou em parágrafos e incisos.

referências espaciais; F – referências de ocasião; W1 – lesão ao bem jurídico; W2 – colocação em perigo do bem jurídico; e, finalmente, V – violação do dever jurídico penal. (BALDAN, Édson Luís. *Intertipicidade penal*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. p. 173 e ss).

A distinção entre os elementos nucleares, seus complementos e os elementos modificadores é de suma importância para correta interpretação dos tipos e, especialmente, para sua elaboração quando do processo legislativo.

Apesar de entendermos que as fórmulas matemáticas não são o melhor meio para explicar as relações linguísticas, quiçá as jurídicas, é certo que, no caso, através de um processo de formalização arbitrário, poderíamos elaborar uma fórmula geral da estrutura do tipo penal (T_p), composta pela sentença principal (S_p), acrescida de elementos modificadores (E_{mod}). A sentença típica principal seria composta, por sua vez, pelo verbo núcleo do tipo (V_n) e pelos elementos complementares (E_{comp}), copulados pela constante (.). Assim, teríamos a seguinte fórmula linguística:

$$T_p = (V_n \cdot E_{Comp}) \cdot E_{Mod}$$

$$T_p = S_p \cdot E_{Mod}$$

Em razão dessa fórmula, a própria tipicidade fica condicionada ao preenchimento dos requisitos da sentença principal e do elemento modificador. Imagine-se o exemplo de um homicídio cometido por motivo fútil. A sentença principal (SP) do crime de homicídio está descrita no *caput* do artigo 121 do Código Penal, e, por sua vez, a circunstância qualificadora, que é um elemento modificador (E_{Mod}) está descrita no §2º do mesmo artigo. Assim, para a adequação típica mais correta, deve interpretar-se a situação da seguinte forma:

$$T_p = S_p \cdot E_{Mod}$$

$$T_p = (\text{matar alguém}) \cdot (\text{por motivo fútil})$$

$$T_p = \text{matar alguém por motivo fútil}$$

A simplicidade quase pueril do exemplo apresentado pode não demonstrar o verdadeiro potencial da tese aqui proposta, já que não seria necessária a elaboração de fórmulas para realização de algo tão óbvio. Porém, em situações mais complexas o método apresentado pode conduzir o intérprete à hermenêutica mais correta, ou, conforme trataremos ao final, orientar o legislador na laboriosa e ingrata tarefa de descrever as condutas que deverão ser punidas pelo Direito Penal.

4.3. SEMÂNTICA

A semântica é o estudo do signo com os objetos que ele designa. Desde o início do estudo da semiótica, os linguistas não conseguem diferenciar com clareza semântica de pragmática, sendo tal distinção mais relevante para os lógicos, que veem uma clara distinção entre a relação do signo com o objeto (relação semântica) e a relação do signo com os indivíduos (relação pragmática).

Até a distinção filosófica clara entre intensão (conotação, aspecto semântico) e extensão (denotação, aspecto pragmático), não se conseguiu distinguir com clareza os dois níveis da semiose.

Com a superação da dificuldade conceitual, a partir da década de 1960, iniciaram-se os estudos da semântica formal e da semântica dos modelos. A primeira estuda a relação entre o signo e o objeto através dos pressupostos da lógica formal, enquanto a segunda estuda estas relações dentro dos microssistemas linguísticos através da teoria dos modelos.

Para o estudo do Direito, nos parece mais relevante o estudo da semântica com fundamento na teoria dos modelos¹⁵⁹, isto é, através da relação entre signo e significado no interior dos modelos linguísticos criados pelo direito e pela sua Ciência.

Os termos empregados na elaboração dos enunciados normativos (modelos linguísticos) devem ser empregados de forma precisa e unívoca, evitando a ocorrência dos vícios da ambiguidade e da contradição, pois, dentro do sistema jurídico, diversos signos possuem uma conotação (intensão) própria, diversa da conotação da linguagem “natural”.

¹⁵⁹ LICCI, Giorgio. *Modelli nel diritto penale: filogenesi del linguaggio penalistico*. Turim: Giappichelli Editore, 2006.

Um dos exemplos mais emblemáticos da distinção conotativa é o signo “domicílio”, que em acepção bastante diversa daquela apresentada pela linguagem “comum”, é tido pelo direito como o local onde o indivíduo estabelece sua residência com ânimo definitivo (art. 70 do Código Civil) ou onde exerce sua profissão (art. 72 do Código Civil).

Obviamente que a intensão do signo não pode ser construída¹⁶⁰ arbitrariamente pelo intérprete, mas deve manter uma relação de coerência linguística com a intensão que é dada pelos sujeitos comunicantes do sistema linguístico. Nesse sentido nos parece que a ideia de interpretação “livre” é absolutamente equivocada, pois a interpretação nunca é livre, mas vinculada à conotação dada ao signo pelo sistema linguístico.

Não significa dizer que a interpretação dos enunciados normativos esteja livre de aspectos políticos, econômicos ou sociológicos (uma idealidade também absurda), mas que a interpretação, para que não seja arbitrária, deve se pautar nos estreitos ditames da semântica.

No Direito Penal, em razão do princípio da taxatividade, verdadeiro corolário do princípio da legalidade, o emprego da conotação dos signos deve, hipoteticamente, ser livre dos vícios da ambiguidade e da vagueza.

A ambiguidade é a característica do signo (ou do enunciado) que tem mais de um significado dentro de uma mesma língua. Já a vagueza é a falta de clareza com relação às possibilidades de aplicação do signo, em razão da sua intensão pouco explícita.

Tais vícios podem comprometer a aplicação da norma ao ponto de, em alguns casos, torna-la incompatível com os preceitos da Constituição Federal, como no caso do crime de “assédio sexual” (art. 216-A do Código Penal), onde o emprego absolutamente errôneo do termo “constranger”, evidentemente empregado em sua conotação coloquial, tornar a norma absolutamente inaplicável.

Contudo, na prática, esse não é o posicionamento da maioria dos juristas que, através da ideia da “vontade da lei”, uma ficção que atribui ao “espírito da lei” o sentido

¹⁶⁰ O termo “construção” é empregado no sentido de construção do sentido. O intérprete, ao manter contato com o suporte físico do texto jurídico, constrói o seu sentido (a norma jurídica) através dos prejuízos linguísticos criados em conjunto com os outros sujeitos falantes do sistema, e de seus prejuízos pessoais, quando estes não confrontarem aqueles.

construído pelo intérprete, superam com facilidade os vícios da ambiguidade e da vagueza, transformando a hermenêutica numa fábrica de absurdos.

4.4. PRAGMÁTICA

Pragmática é a dimensão da semiose que estuda como os enunciados comunicam significados num determinado contexto, é no “aspecto semiótico em que são considerados a origem, o uso e os efeitos dos signos; dimensão em que se verifica a relação dos signos com seus intérpretes ou aquilo que os signos expressam”¹⁶¹.

O contexto em que se revela a comunicação mostra-se importante para a construção do sentido do discurso. Muito além de uma relação meramente semântica, os sujeitos da comunicação empregam os conceitos trazidos pela conotação (intensão), para classificar determinados objetos (através da conotação, também denominada de extensão), dentro de um contexto de comunicação específico, isto é, limitado pelo tempo e pelo espaço.

4.4.1. Dêixis

O modo através do qual a língua e o contexto se relacionam é denominado pela linguística de dêixis.¹⁶² Toda enunciação é realizada numa situação definida pelo momento da comunicação e pelo local onde o enunciado é produzido; no âmbito da linguística, o momento da enunciação é sempre o *agora*, os sujeitos da comunicação o *eu* e o *tu* e, seu local, o *aqui*.

No Direito, contudo, a pragmática da comunicação não é tão simples. Apesar do momento da enunciação da norma ser o *agora*, os efeitos do enunciado devem perdurar no tempo, além disso, o local de abrangência do enunciado é bastante amplo, se consubstanciando na totalidade do território nacional e, até mesmo, em alguns casos,

¹⁶¹ ARAUJO, Clarice von Oertzen de. *Incidência jurídica: teoria e crítica*. São Paulo: Noeses, 2011. P. 178.

¹⁶² LEVINSON, Stephen C. *Pragmática*. Trad. Luís Carlos Borges e Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 65.

territórios estrangeiros. No mais, é de se notar que a comunicação que se estabelece entre o legislador (que enunciou a lei) e os cidadãos (destinatários da mensagem normativa), é acrescida de um terceiro sujeito (o juiz), que também é destinatário da norma, na medida em que está obrigado a observar os ditames legais no momento da aplicação da pena.

Sendo assim, estudaremos os elementos dêiticos (sujeitos, tempo e espaço) com fundamento nas implicações que eles têm no Direito, especialmente no Direito Penal.

4.4.1.1. Os Sujeitos

Os sujeitos da comunicação, portadores do contexto da mensagem são, para a linguística o remetente e o destinatário; são eles que constroem a mensagem através do contexto em que estão. No Direito, a tarefa dos sujeitos é, na verdade, bastante complexa.

O emissor da mensagem legislativa (legislador), ao construir o enunciado (lei), tem de ter consciência de que ela se destina a um número indeterminado de indivíduos (cidadãos). Em comunicações subjetivamente mais restritas, o emissor tem conhecimento do repertório linguístico do destinatário, podendo adequar a comunicação para evitar ruídos; já numa comunicação de grande amplitude, o emissor tem de adequar a mensagem a um grande leque de repertórios linguísticos.

É daí que surge a ideia de taxatividade e clareza na construção do enunciado normativo: o enunciado não pode ser muito vago, nem deve conter termos dúbios, sob pena de ocasionar ruídos na mensagem, comprometendo a comunicação. Contudo, não se deve olvidar que a comunicação normativa tem “dois” destinatários: os juízes e os cidadãos.

Os juízes seriam os intérpretes “legítimos” da norma jurídica, pois seriam aqueles que realizariam a interpretação dentro do sistema Estatal que emanou o enunciado da lei, aplicando-a ao caso concreto.¹⁶³ Nesse sentido, seria a jurisprudência a interpretação autêntica por excelência, já que é o Poder Judiciário o órgão incumbido da aplicação da lei ao caso concreto, ato para o qual é imprescindível a interpretação.

¹⁶³ Cf. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 255 e ss.

Noutra baila, o enunciado normativo também se destina a todos os cidadãos. Quando dizemos cidadãos, dizemos todos os indivíduos da sociedade, inclusive os juízes, quando não estão incumbidos da tarefa de aplicar a norma, e os juristas. A interpretação dos juristas é aquela realizada através de uma perspectiva externa ao sistema estatal, isto é, o jurista é aquele que interpreta a norma de forma abstrata, sem estar adstrito a um caso concreto onde é demandada a solução de um conflito.

Os cidadãos, ainda que desconhecedores da Ciência do Direito, também são intérpretes da norma. Se a norma se destina a regular o comportamento de todos os indivíduos, a construção do seu sentido (a partir do seu enunciado) é um ato de interpretação. Para um indivíduo, por exemplo, alcançar a consciência de que é proibido subtrair determinado objeto, ele tem de, ainda que inconscientemente e/ou de maneira vulgar, interpretar a norma do art. 155 do Código Penal, sendo que esta interpretação está sujeita à mutação linguística, isto é, à mudança de significado ou significação dos signos que compõem a mensagem.

Assim, há de se destacar que a interpretação do Direito é “aberta”. Não por razões políticas, mas sim por razões linguísticas: o significado e a significação são construídos pela sociedade e estão em constante mutação. Algumas vezes, o legislador impõe o significado ou a significação de determinados termos (elementos normativos), mas em regra, a relação entre significado, significação e signo é construída pela sociedade, pela comunidade de falantes, através da mutação linguística.

Essa ideia de mutação linguística e interpretação “aberta” do Direito será melhor tratada em tópico próprio, quando discorrermos sobre a interpretação.

4.4.1.2. O Tempo

A conceituação da dêixis de tempo é um dos fenômenos mais complexos da pragmática da comunicação humana. Ela é comumente associada ao tempo do enunciado, isto é, ao tempo verbal em que é construída a oração (passado, presente, futuro e suas

variantes), mas também da variação na mensagem ocorrida entre o momento da sua codificação (TC) e o da sua recepção (TR).¹⁶⁴

É este último aspecto dêitico que interessa mais ao estudo do Direito Penal e, nessa medida, ele se confunde com a mutação linguística que recai sobre a significação do signo, já estudada por nós, ao qual remetemos o leitor.

4.4.1.3. O Espaço

Outro elemento dêitico importante e controvertido é o espaço, que é entendido como o local “onde se desenrola a cena enunciativa”.¹⁶⁵ No Direito Penal, como o art. 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, determina que compete privativamente à União legislar sobre a matéria, o local da enunciação é sempre o Congresso Nacional.

Porém, assim como na dêixis temporal, há de se diferenciar entre o espaço da enunciação (EE) e o espaço da recepção (ER) da mensagem legislativa. Se o local da enunciação é sempre o mesmo, com relação à recepção, esta pode ocorrer em qualquer parte do território nacional, ou até mesmo fora dele, nos casos de extraterritorialidade, podendo existir aquilo que é denominado variação regional, tratada por nós em capítulo próprio.

4.4.1.4. O Sistema

Como a linguagem é um sistema, e todo o estudo da linguagem parte do pressuposto de que ela é um sistema, os linguistas prescindem do estudo do “sistema”

¹⁶⁴ LEVINSON, Stephen C. *Pragmática*. Trad. Luís Carlos Borges e Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 89.

¹⁶⁵ FIORIN, José Luiz. *Pragmática*. In: FIORIN, José Luiz (org.). *Introdução à linguística II: princípios da análise*. 5ª ed. São Paulo: Contexto, 2012.

como um elemento dêitico. Contudo, no Direito, a ideia de sistema não é tão clara, e, por isto, decidimos incluir o sistema jurídico como um dos elementos dêíticos.

A intenção dos signos, no Direito, deve ser empregada através dos elementos que são fornecidos pelo próprio sistema. Assim, quando a norma do art. 1º da Lei n.º 8.072/90 refere-se ao termo “tributo”, ela o faz com a intenção que é empregada pelo Código Tributário Nacional, e não com outras possíveis conotações existentes no sistema linguístico geral, como, v.g., de referência a determinado indivíduo. Da mesma forma, o termo “funcionário público” é empregado, nos crimes contra a Administração Pública, com a intenção fornecida pelo art. 327 do Código Penal.

Esta é a regra: primeiro deve-se procurar se o subsistema linguístico do direito (como um todo, não só o do Direito Penal) apresenta a intenção do termo, e apenas nas hipóteses em que não, buscar a intenção nos subsistemas linguísticos das outras ciências (v.g., ciências médicas) ou do sistema geral (léxico da língua portuguesa).

4.4.2. Pragmática aplicada ao Direito

No Direito, enquanto a sintática e semântica, apesar da sua evidente importância para a interpretação, também são aplicadas pelo legislador no momento da construção do enunciado normativo, a pragmática se apresenta com um instrumento típico da hermenêutica.

Isso não significa que o legislador deve olvidar os aspectos pragmáticos da comunicação, até mesmo porque, dentro do contexto jurídico os signos assumem uma denotação (extensão) própria, trazida pelo próprio direito ou pela sua interpretação doutrinária ou jurisprudencial, mas, que no momento da interpretação que este aspecto da semiose será realmente útil.

Assim, quando o tipo do art. 1º da Lei 8.137/1990 enuncia o signo “tributo”, o faz com a denotação que é empregada pelo art. 3º do Código Tributário Nacional e com a denotação que é trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil, que nomeia extensivamente todas as espécies de tributos.

Outro exemplo interessante de denotação são as normas penais em branco. Nas normas penais em branco a denotação de determinado signo, isto é, sua extensão linguística naquele contexto, é relegada a outro diploma normativo, como no caso da Lei de Drogas, que delega a uma portaria do Ministério da Saúde a denotação do signo “drogas”.

A intensão do signo pode ser trazida pelas ciências (farmacêuticas, médicas, psicológicas, etc.), contudo, sua extensão, isto é, seu uso no contexto da Lei de Drogas, só pode ser trazida pela norma complementadora, que enumera extensivamente os “objetos” que são considerados drogas naquele contexto.

CAPÍTULO 5

TEORIA DA REALIDADE

5.1. LÍNGUA E REALIDADE

A realidade não é objetiva nem subjetiva, ela é linguística¹⁶⁶, é o produto da construção de sentido da comunicação realizada pelo sujeito (individualmente), conforme interage com os membros da sua comunidade¹⁶⁷. A realidade não está nem no objeto nem no sujeito, mas sim na língua, que não é um instrumento que permite ao sujeito apreender as características do objeto, é o próprio conhecimento, pois, na cognição humana, só há relação entre signos linguísticos, e não entre objetos.

A percepção de tempo e a diferenciação de gêneros estão diretamente relacionadas à língua. Estudos recentes demonstram, por exemplo, que línguas que não diferenciam gramaticalmente (aspecto sintático-semântico) o presente do futuro, como a alemã, e diferentemente da portuguesa e da inglesa, influenciam positivamente o comportamento do indivíduo com relação a questões econômicas ou de saúde¹⁶⁸. Outro aspecto capaz de moldar a noção de realidade é o gênero gramatical¹⁶⁹, que influencia a representação de determinados objetos conforme a sua designação como masculino, feminino ou neutro.

Muito além de ser a própria realidade, a língua a propaga e a transforma. É a partir da comunicação que todas as relações sociais são construídas, que o conhecimento e que a

¹⁶⁶ FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 2ª ed. São Paulo: Annablume, 2004.

¹⁶⁷ A ideia de construção do sentido da comunicação é típica da filosofia pós-analítica, que tem como principais expoentes Heidegger e Gadamer (sobre o trabalho dos dois autores com relação à hermenêutica, vide: TSAI, Wei-Ding. *Die ontologische Wende der Hermeneutik: Heidegger und Gadamer*. Tese (Doutorado em Filosofia). Ludwig-Maximilians-Universität. 2011). Aliás, depois dos estudos filosóficos de Gadamer, não se pode mais falar que o sujeito interpreta para conhecer, mas que conhece para interpretar, pois é a língua, o repertório linguístico (conjunto de pré-conceitos do indivíduo) que precede e permite a interpretação (nesse sentido: STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 247 e ss.).

¹⁶⁸ CHEN, Keith. The effect of language on economic behavior: evidence from savings rates, health behavior, and retirement assets. *American economic review*, 2012.

¹⁶⁹ BORODITSKY, Lera; *et alli*. Sex, syntax and semantics. *Language and mind: advances in the study of language and thought*. Massachusetts: MIT Press, 2002.

cultura são transmitidos, criticados e transformados, não sendo diferente com o Direito, que é linguagem¹⁷⁰.

Apesar da absoluta carência de estudos empíricos sobre a correlação entre língua e respeito à norma, o senso comum parece denotar que os povos falantes de determinadas línguas têm uma maior propensão ao respeito a prescrições normativas do que outros. Constrói-se uma argumentação no sentido de que os falantes de línguas latinas, indígenas ou africanas seriam mais propensos ao desrespeito às normas jurídicas e morais do que os falantes de línguas germânicas, como o alemão e o inglês, por exemplo.

Não são os aspectos sintáticos ou semânticos de determinada língua que fazem com que o discurso prescritivo seja mais prescritivo, mais perlocucionário¹⁷¹, mas sim a capacidade dos indivíduos falantes em determinarem-se conforme a prescrição normativa. Tal capacidade está estritamente ligada ao repertório comunicacional¹⁷².

O conhecimento ou desconhecimento da própria língua, que formam o repertório, fazem com que o indivíduo possa conhecer ou não o sentido da prescrição normativa (v.g., a proibição de vender motosserra sem autorização legal). Em regra, quanto maior o repertório linguístico do indivíduo, maior será sua capacidade de determinação conforme o sentido da prescrição normativa.

O repertório é construído através das experiências do indivíduo. Muitas vezes, uma educação formal sólida e prolongada cria um repertório amplo, contudo, sua formação não é uma decorrência lógica da formação escolar. Indivíduos formalmente pouco educados podem ter um repertório muito mais amplo do que outros, ditos educados, importando numa maior capacidade de determinação linguística.

O tema é bastante complexo e não cabe, neste trabalho, uma grande investigação filosófica, até mesmo porque implicaria numa tomada de posição inconcebível. Porém, antes de adentrar o estudo dos níveis de conhecimento da norma e do enunciado

¹⁷⁰ O postulado para o estudo do direito através da linguística e da filosofia da linguagem é o reconhecimento de que o direito posto e a Ciência do Direito são fenômenos linguísticos. (Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris 1: teoria del diritto*. 2ª ed. Roma: Laterza, 2012. p. 444 e ss; e RÜTHERS, Bernd; *et alii*. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011. p. 99 e ss).

¹⁷¹ Na linguística, perlocucionário é o efeito daquilo que se diz, ou melhor, o efeito que se pretende a partir de determinado enunciado que, no caso da norma, é o comportamento conforme seus preceitos.

¹⁷² O repertório é o conjunto do conhecimento linguístico, é, em suma, a experiência linguística do falante. Sobre o tema, *vide* abaixo: Item “1.2. Ignorância, erro e dúvida como fenômenos linguísticos” e “Capítulo 2. Os níveis de conhecimento da norma penal e de seu enunciado”.

normativo, e do erro sobre a ilicitude do fato, há que se discorrer, ainda que brevemente, sobre a ignorância, o erro e a dúvida.

5.2. IGNORÂNCIA, ERRO E DÚVIDA COMO FENÔMENOS LINGUÍSTICOS

É a língua que forma, cria e transforma a realidade. Contudo, não é o sujeito que cria a realidade isoladamente, ela é construída num processo comunicativo complexo, que depende de diversos fatores para que se concretize.

Roman Jakobson¹⁷³ descreve a comunicação do processo através do qual o remetente envia uma mensagem ao destinatário. Contudo, para que a mensagem seja apreendida, ela tem que se dar em um contexto, que exista um código absolutamente ou parcialmente compartilhado pelos sujeitos da comunicação e, por fim, que exista um canal físico capaz de transportar a mensagem (v.g., sons propagados pelo ar) e uma conexão psicológica entre os comunicantes¹⁷⁴.

Grande parte dos problemas de comunicação (ditos, ruídos) estão relacionados com a existência de um código comum entre o emissor e o receptor da mensagem, isto é, são problemas de repertório.

Lucrécia D'Alessio Ferrara¹⁷⁵ conceitua repertório como a memória que determinados indivíduos, famílias, grupos, povos ou civilizações guardam com relação a interpretações ou juízos perceptivos. O repertório equivale à experiência linguística, e é construído pelo indivíduo a partir da relação comunicativa que estabelece com os outros indivíduos que o cercam (comunidade), não se tratando de uma construção subjetivista ou aleatória.

¹⁷³ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. Trad. Izidoro Blinkenstein e José Paulo Paes. 22ª ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

¹⁷⁴ Nas palavras do próprio Jakobson: “O remetente envia uma mensagem ao destinatário. Para ser eficaz a mensagem requer um contexto a que se refere, apreensível pelo destinatário, e que seja verbal ou suscetível de verbalização; um código total ou parcialmente comum ao remetente e ao destinatário; e, finalmente, um contato, um canal físico e uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que os capacite a ambos a entrarem e permanecerem em comunicação.” (JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. Trad. Izidoro Blinkenstein e José Paulo Paes. 22ª ed. São Paulo: Cultrix, 2010. p. 123).

¹⁷⁵ FERRARA, Lucrécia D'Alessio. *Olhar periférico: informação, linguagem, percepção ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Edusp, 1999. p. 162.

Numa sociedade complexa e heterogênea, onde indivíduos de diversas culturas se correlacionam, através de diversas linguagens e de muitas línguas idiomáticas, a existência de um repertório comum se torna impossível, ocasionando uma série de problemas comunicativos e cognitivos. O problema não é só o de conhecer ou desconhecer determinados signos, mas sim de como o repertório linguístico do indivíduo determina ou condiciona a interpretação da comunicação, dando causa ao erro ou à dúvida.

5.2.1. A ignorância

A ignorância é um estado negativo de consciência, quem ignora desconhece. É a imperfeição do conhecimento, decorrente da limitação do homem: é impossível ao homem conhecer todos os signos, ter um repertório linguístico completo.

Na verdade, nós mais ignoramos que conhecemos, ignoramos até mesmo nossa ignorância. Aquilo que ignoramos não está na nossa realidade. Não significa que o objeto não exista, que não possa ser conhecido por outros indivíduos, mas sim que, conforme constatamos que a realidade é formada pela linguagem, aquilo que ignoramos não nos é real.

A ignorância pode influenciar o erro, conforme se atribui um valor errado a determinado objeto em razão do desconhecimento de outro, mas com ele não se confunde. O erro, assim como a dúvida, é um estado positivo de consciência, enquanto a ignorância é um estado negativo.

A importância da ignorância para o estudo do Direito Penal é bastante discutida pela doutrina, especialmente em razão da confusão perpetrada pelos juristas, que costumam equiparar o erro à ignorância. É lógico que normativamente, o erro e a ignorância são “equiparados” para fins de erro de proibição ou erro de direito (no âmbito do Direito Civil), mas o direito não tem o condão de modificar a realidade dos fenômenos, que são distintos. Apesar disso, só se dá importância à ignorância no estudo da *ignorantia legis*, no estudo do desconhecimento da vigência de um determinado diploma normativo, que, no Direito Penal, é uma causa de diminuição de pena (art. 65, II, do CP), apesar de considerada inescusável (art. 21, primeira parte, do CP).

Quem desconhece a existência do diploma legislativo pode ou não desconhecer o sentido da prescrição normativa¹⁷⁶, que é o que de fato interessa para a configuração do erro sobre a ilicitude do fato¹⁷⁷. Porém, em casos extremos como o do indígena não aculturado, que pode ser tratado como erro de proibição, estaríamos, na verdade, diante de um caso de ignorância de proibição. O indígena afastado não tem meio linguísticos para conhecer a prescrição normativa da civilização que o cerca, não só porque ignora a língua, mas porque ignora a existência do próprio mundo civilizado.

Assim, ao prescrever que ninguém poderá alegar o desconhecimento da lei, o ordenamento jurídico cria uma presunção absurda, que ofende a lógica. O “conhecimento” da norma será mais bem discutido quando tratarmos no capítulo dois dos níveis de conhecimento da norma jurídica e dos seus enunciados.

5.2.2. O erro

O erro é um estado positivo, uma construção equivocada da realidade. Quem erra ignora a realidade das coisas, não porque a desconheça, mas porque a interpreta mal¹⁷⁸. É como um mito, enquanto se está imerso na realidade do erro, não se sabe que está errando.

O erro não pertence à esfera das proposições, dos enunciados, mas sim da atribuição dos valores. Não é uma proposição falsa, mesmo que a proposição falsa seja um dos seus elementos, quando lhe é atribuído um valor de verdadeira; ou, de forma inversa, o elemento do erro pode ser também uma proposição verdadeira, quando é interpretada como falsa.

Errar não significa o mesmo que duvidar e, muito menos, o mesmo que ignorar. Na ignorância, aquele que ignora desconhece a realidade, é como dissemos, um estado negativo de consciência; no erro, aquele que erra interpreta mal a realidade, é um estado

¹⁷⁶ Atualmente existe uma diferença clara entre o enunciado da lei (texto, suporte físico) e norma, o produto da construção de sentido realizado pelo intérprete (enunciado da norma), não havendo como tomá-los por sinônimo.

¹⁷⁷ O erro sobre a ilicitude do fato é o gênero, a qual pertencem três espécies: erro de proibição (direto); erro de obrigação (ou de mandamento); e erro de permissão.

¹⁷⁸ “Um julgamento errôneo é 'um julgamento que confunde a aparência da verdade assim como a própria verdade' (Kant)” (BLAY, Michel (org.). *Dictionnaire des concepts philosophiques*. Paris: Larousse, 2006. p. 264).

positivo de consciência; e, por fim, na dúvida, quem duvida enxerga várias realidades diferentes, é também um estado positivo, mas diferentemente do erro, na dúvida a pluralidade de imagens significa que ao menos uma delas é verdadeira, e as demais falsas.

5.2.2.1. Teoria do erro

Durante os séculos, vários filósofos debruçaram-se sobre o erro e suas consequências. O fenômeno pode ser estudado sobre vários aspectos: desde o erro como ilusão perceptiva da Antiguidade, do erro como confusão, do erro de lógica ou sob a perspectiva epistemológica do erro¹⁷⁹.

Para este trabalho interessa a questão epistemológica do erro, pois ele não está no objeto nem no sujeito, mas sim na linguagem. Após a virada linguística¹⁸⁰, não se pode mais afirmar que a linguagem seja algo que separe o sujeito do objeto, ou o caminho, o instrumento que possibilita o conhecimento, pois ela é o conhecimento em si. Uma pessoa não incorre em erro porque o objeto de sua interpretação não representa a realidade, porque aparenta outra realidade ou porque é uma simulação da realidade; ou, de outro lado, porque sua subjetividade, suas crenças, seus sentimentos, fizeram com que interpretasse a realidade erroneamente. Ela incorre em erro porque sua linguagem, seu repertório linguístico, não permitiu que ele interpretasse a realidade corretamente.

O erro ocorre sempre na correlação entre signos, e o repertório linguístico pode influenciá-lo de duas maneiras: o sujeito interpreta mal porque correlaciona de forma errada os signos que compõem seu repertório; ou, o faz porque não possui repertório suficiente para interpretar adequadamente.

Na primeira hipótese, o sujeito interpreta equivocadamente a realidade porque atribui um valor errado a determinado signo linguístico em razão da sua relação com os demais signos que compõem o repertório. Esse erro pode ser ocasionado pelo contexto em

¹⁷⁹ Vide: BLAY, Michel (org.). *Dictionnaire des concepts philosophiques*. Paris: Larousse, 2006. p. 263 e seguintes.

¹⁸⁰ Foi o movimento surgido em meados da década de 1930, ganhando relevância na década de 1950, na Europa e nos Estados Unidos da América, que passou a ver a linguagem como o conhecimento em si, e não mais como um instrumento que ligava o sujeito ao objeto.

que ocorre a comunicação, que faz com que o sujeito atribua uma denotação errada ao signo e, conseqüentemente, construa uma realidade “errada”.

Podemos citar o clássico exemplo dado quando se estuda a legítima defesa putativa¹⁸¹:

É o caso do professor que, tendo reprovado por três semestres consecutivos o mesmo aluno, passa a ser por este perseguido, empurrado, xingado, nutrindo, depois de certo tempo, o estudante, um ódio mortal pelo professor. Na quarta reprovação, o aluno resolve matar o professor, compra a arma e, em conversa com um colega, manifesta o seu intento criminoso.

O colega, preocupado, avisa o professor para que evite ir à aula no dia seguinte, pois será vítima do atentado. O professor apenas se prepara para o desfecho, indo para a aula armado. Na noite anterior, todavia, a namorada do estudante, depois de muita conversa, consegue convencê-lo de desistir do intento homicida, aconselhando-o, ao contrário, a fazer as pazes com o mestre. Sugere, e o aluno aceita, que dê de presente uma caneta, como mimo para o reatamento das relações.

Na manhã seguinte, o professor entra na sala de aula, avista o aluno que, ao vê-lo, levanta-se e vai em sua direção, levando a mão ao bolso interno do paletó, para tirar a caneta e entregá-la; esse gesto, o professor interpreta como levar a mão para tirar a arma; *incontinenti*, o professor saca a sua e dispara um tiro mortal contra o estudante, que morre instantaneamente.¹⁸²

Fica claro que, no exemplo, o sujeito (professor) apenas agiu em legítima defesa putativa porque o comportamento (conjunto de movimentos corporais e intenções) do aluno (objeto da interpretação) fez com que seu repertório fosse maculador por falsas atribuições de valor. A correlação de atribuição de valores entre os diversos signos que compõem o repertório do professor fizeram com que ele construísse uma realidade onde o aluno encontrava-se na iminência de agredi-lo mortalmente.

Na segunda hipótese, o erro ocorre porque o sujeito interpretante não possui repertório linguístico suficiente para atribuir a valoração correta aos signos que compõem a realidade e, por isto, constrói uma realidade inverídica. Outra vez, citamos um exemplo da doutrina para facilitar a compreensão:

¹⁸¹ A palavra putativa deriva do latim *putare*, é aquilo que acha-se que existe, quando na verdade não existe.

¹⁸² TELLES, Ney Moura. *Direito Penal I – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 300.

Na cidade de Rancharia, os filhos de uma mulher de 18 anos de idade encontravam-se sob a guarda de outra pessoa. A mãe que costumava passear com as crianças, resolveu, certo dia, levá-los consigo, quando foi obstada no entroncamento da rodovia Raposo Tavares. Interrogada pela polícia, alegou não saber que seu comportamento era crime, pois era mãe das crianças. Foi denunciada pela prática do fato definido no art. 249 do Código Penal: “Subtrair menor de 18 (dezoito) anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial”.¹⁸³

A mãe das crianças, com apenas dezoito anos e pouco educada formalmente, acreditava que seria legítimo levá-las para um passeio, mesmo que não estivessem sob sua guarda. É natural na raça humana que crianças pequenas convivam regularmente com a mãe, sendo que, na verdade, a privação do contato com ela, especialmente em face de uma decisão judicial ou de um mandamento legal, é extremamente prejudicial. Assim, a mãe jamais seria capaz de compreender que sua conduta era ilegal, porque lhe faltava repertório linguístico para tanto¹⁸⁴.

O erro é com certeza a questão mais importante deste trabalho, porém, tal discussão, muito mais filosófica do que propriamente jurídica, nos tomaria dezenas de páginas e um tempo do qual não dispomos e, por isso, deixamos de aprofundar as investigações neste momento.

5.2.3. A dúvida

A dúvida é o contrário da certeza¹⁸⁵, é a existência de uma pluralidade de representações da realidade, que geram no indivíduo uma hesitação ou, em alguns casos, a incapacidade de determinar os contornos da realidade. A dúvida se dá no campo das proposições (enunciados) e dos valores, pois ao se atribuir valor ao objeto, o sujeito pode construir, através da atribuição de valores, diversas proposições, que acarretarão a dúvida.

Apesar de ocorrer no campo das proposições (e também dos valores), a dúvida não se submete à lógica modal, onde coexistem apenas os elementos verdadeiro/errado,

¹⁸³ TELLES, Ney Moura. *Direito Penal I – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 298.

¹⁸⁴ Julgando o caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo absolveu a mãe por ter incorrido em erro de proibição inevitável.

¹⁸⁵ “Propriedade de uma crença em que não é possível se duvidar de sua veracidade” (BLAY, Michel (org.). *Dictionnaire des concepts philosophiques*. Paris: Larousse, 2006. p. 105).

certo/falso, mas sim à “lógica difusa”¹⁸⁶, admitindo um valor intermediário, o “talvez”. Sendo assim, quando o indivíduo está em dúvida, a pluralidade de representações da realidade por ele construídas não são nem verdadeiras nem falsas, mas sim talvez verdadeiras ou talvez falsas.

¹⁸⁶ A “lógica difusa” (também denominada de *fuzzy* ou nebulosa) é aquela que, além dos valores verdadeiros/falso, admite valores intermediários, como o talvez. Apesar da sua evidente importância em campos como a estatística e as ciências sociais, muitos não consideram a “lógica difusa” uma verdadeira lógica, já que suas proposições não conduziram a uma verdade irrefutável.

SEGUNDA PARTE
TIPO E TIPICIDADE PENAL

INTRODUÇÃO

A “tipicidade é o ponto de partida e chegada de todo o desenvolvimento do Direito Penal”.¹⁸⁷ A partir dos conceitos de tipo e tipicidade é construída toda a dogmática penal, desde o princípio da legalidade até a aplicação da pena, tudo, de alguma forma, leva em conta a ideia de tipicidade.

Apesar da grande importância do tema, ele é pouco trabalhado pela doutrina, que costuma repetir velhos postulados, muitos deles construídos na primeira metade do século XX. Com isso, o estudo do tipo e da tipicidade ficou alheio aos trabalhos desenvolvidos no campo da Linguística e da Filosofia da Linguagem, mantendo-se num estágio que pode ser denominado de “pré-linguístico”.¹⁸⁸

Com isto, este trabalho busca superar alguns paradigmas introduzindo novos e, para tanto, no primeiro capítulo discorre sobre a teoria dos modelos linguísticos. A partir do estudo da natureza comunicativa dos modelos, desenvolve-se a teoria dos modelos-tipo e dos modelos-conceito, discorrendo sobre a aplicação dos dois institutos no Direito e, mais especificamente, no Direito Penal.

Estuda-se, ainda neste capítulo, a verdadeira natureza do “tipo penal”, afirmando que se trata de um modelo de natureza predominantemente conceitual, porém composto de modelos-tipo e modelos-conceito.

No segundo capítulo, discorre-se sobre a teoria da tipicidade estudando, no início, a crise do atual conceito de tipicidade, especialmente no que diz respeito à ineficiência do fenômeno como forma de limitar o poder punitivo do Estado e o “decisionismo” judicial. A partir disto, discute-se o atual modelo de tipicidade como subsunção, a incoerência da subsunção frente ao atual estado de desenvolvimento da hermenêutica e os problemas práticos colocados por este fenômeno.

¹⁸⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores*. In: COSTA, José Faria da; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 159.

¹⁸⁸ Não significa que o estudo da linguagem seja relevado pela doutrina, mas é feito de forma muito rudimentar, pouco aprofundada, geralmente se limitando ao estudo do método de interpretação gramatical dos tipos penais, o que não é adequado.

Concluindo o segundo capítulo, discorre-se sobre a tipicidade como hermenêutica, apresente as vantagens deste posicionamento teórico frente à ideia de tipicidade como mera subsunção.

No terceiro capítulo, último desta parte, debruça-se sobre a relação entre tipo e ilicitude, buscando a superação do atual estado de indeterminação do fenômeno. Para tanto, primeiro se discorre sobre os modelos de relação entre tipo e ilicitude: modelo neutro, modelo indiciário e modelo de identidade.

Em seguida, desenvolve-se a ideia de ilicitude do sistema. Apesar de o trabalho versar essencialmente sobre o estudo do tipo através da linguística, como este fenômeno do Direito Penal se aproxima sobremaneira da ilicitude, sendo para alguns até mesmo idênticos, entendeu-se por discorrer detalhadamente sobre o fenômeno.

Assim, primeiro apresenta-se os pressupostos da ilicitude como ilicitude do sistema, que são a ideia de unidade do sistema (ordenamento) jurídico e do Direito Penal como *ultima ratio* para, então, discorrer-se sobre a ilicitude penal como decorrência da ilicitude extrapenal e sobre a questão do *bis in idem*.

CAPÍTULO 1

TEORIA DOS MODELOS LINGUÍSTICOS: TIPO E CONCEITO

1.1. TEORIA DOS MODELOS LINGUÍSTICOS

O ser humano é, por essência, um ser que raciocina através de modelos.¹⁸⁹ Tudo que o homem conhece e pode conhecer é a linguagem, mas ele não a conhece de forma esparsa, desordenada, mas sim de forma ordenada, sistemática.

Toda nossa cognição é ordenada através de associações linguísticas. Quando se elabora uma lista de supermercado, por exemplo, associam-se, linguisticamente, todos os itens que devem ser comprados naquela data. Sendo assim, os elementos linguísticos que, no caso da lista de supermercado são signos (v.g., leite, ovos etc.), podem ser associados de maneira bastante ampla, quase infinita.¹⁹⁰

As associações, cabe destacar, mesmo que intencionais (finalísticas), não são arbitrárias, tendo que haver, dentro do contexto da comunicação que se desenvolvem, uma mínima racionalidade no critério de associação. Por outro lado, há de se asseverar que o critério de associação entre os elementos linguísticos nunca é absolutamente rígido, mas pode ser mais ou menos rígido, conforme o contexto em que é elaborada a associação.

Nessa medida, é possível destacar dois modelos linguísticos: os modelos-conceito e os modelos-tipo. O tema será melhor trabalhado no decorrer do capítulo, mas nesta introdução é necessário destacar que, nos modelos-conceito, o critério de associação é rígido, irrenunciável, sendo necessário para que se proceda à associação a ocorrência de todas as características do modelo, enquanto nos modelos-tipo, os critérios de associação são flexíveis, em sua maioria renunciáveis, havendo um gradiente intermediário entre o elemento linguístico associável e o não associável.

¹⁸⁹ BOIS, J. Samuel. *Homo Sapiens as a model maker*. In: WASHBURN, Donald E.; SMITH, Dennis R. *Coping with increasing complexity: implications of general semantics and general systems theory*. Nova Iorque: Gordon and Breach Science Publishers, 1974. p. 82 e ss.

¹⁹⁰ Posso ordenar, na lista de supermercado, além dos diversos gêneros alimentícios, uma roupa, um computador etc., que são objetos que usualmente são vendidos neste local. Nesta hipótese, o critério de associação será “coisas que são vendidas no supermercado”.

O Código Civil, apenas para citar um exemplo simples, traz os conceitos de bens móveis e imóveis e, com relação a estes signos, podemos fazer as mais diversas associações com outros signos: podemos considerar como bem móvel um carro, uma moto etc.; e como bem imóvel uma casa, uma sala comercial, ou mesmo um avião, que é juridicamente considerado um imóvel.

Apesar de aparentemente pertencerem a categorias tão absolutamente distintas entre as quais jamais poderiam ocorrer associações, ao elaborar um inventário, o advogado enumera, numa mesma associação, a casa e o carro do *de cujus*, colocando-os em uma mesma categoria (bens do espólio).

Além das associações entre signos linguísticos, as associações podem ocorrer também entre enunciados, ou entre enunciados e signos, tornando a operação muito mais complexa.

Quando indagamos qual seria o conceito de tipo, que por nós será trabalhado neste capítulo, associamos ao elemento linguístico “tipo” os mais diversos significados e significações possíveis para o termo, trazidos, por exemplo, pelo Direito Penal, pela metodologia jurídica, pela biologia etc.

Pode parecer que a teoria por nós exposta neste capítulo foi construída de maneira *ad hoc*, desvinculada de qualquer critério linguístico sério, apenas como forma de justificar as associações ocorridas entre os signos e enunciados linguísticos do Direito, mas não é assim.

Conforme demonstraremos no decorrer do capítulo, apesar das novas formulações que apresentamos à teoria, ela não foi nem mesmo desenvolvida pelo Direito ou para o Direito, mas sim pela Filosofia, Lógica e pela Psicologia, no campo das ciências humanas, e pela Biologia, no campo das ciências naturais.

O tema é bastante complexo e muito pouco explorado, até mesmo pelos linguistas e, por isto, antes de adentrarmos os estudos dos modelos propriamente ditos (modelos-tipo e modelos-conceito), estudaremos a sua natureza comunicativa e os níveis de associação.

1.1.1. A natureza comunicativa dos modelos linguísticos

Como dissemos na primeira parte deste trabalho, é a língua que forma nossa realidade. Todo nosso conhecimento é linguístico e, conseqüentemente, comunicativo. Os modelos não fogem a esta regra, são modelos linguísticos, construídos através das iterações comunicativas entre membros de determinados grupos sociais.

A natureza comunicativa dos modelos linguísticos revela-se, de maneira bastante evidente, quando estudamos sua gênese. Tanto os modelos-tipo como os modelos-conceito surgem através da atribuição de significado e de significação a determinado elemento linguístico (signo ou enunciado), que ocorre no seio da sociedade, na medida em que a língua, sendo um instrumento de comunicação, é constantemente modificada pelas incontáveis iterações comunicativas.

Essa ideia é bastante clara ao estudarmos a linguagem jurídica. Os modelos-tipo que, como se verá, possuem características renunciáveis, diferentemente dos modelos-conceito, surgem, em regra, espontaneamente, através das comunicações realizadas com a linguagem jurídica, que para a doutrina clássica seriam os usos e costumes jurídicos. Nessa medida, os modelos-tipo, normalmente, surgem antes que a norma jurídica, que é construída num momento posterior, apenas para regular a situação de fato já existente e considerada juridicamente válida.

Assim, nos modelos-tipo, primeiro se constrói a linguagem jurídica, para apenas num momento posterior, havendo a necessidade social, construir a norma.

O exemplo mais profícuo de um modelo-tipo construído de maneira espontânea é o do contrato de *leasing*, também denominado de arrendamento mercantil, que surgiu, no Direito Empresarial, através dos usos e costumes comerciais, que, aliás, são muito caros àquele ramo do Direito. Apenas num momento posterior este contrato foi “tipificado” pela Lei n.º 6.099/74.

Isso não significa que todos os modelos-tipo sejam construídos de maneira espontânea, pois, a espontaneidade, apesar de ser uma característica comum a este modelo linguístico, não é essencial a ele.

Já os modelos-conceito, possuidores de características irrenunciáveis, surgem, em regra, através de uma prévia posituação pelo direito, isto é, de uma linguagem artificial

construída pelo legislador. Na linguagem não jurídica, é comum encontrarmos modelos-conceito criados espontaneamente, porém, no Direito, é mais usual que esta espécie de modelo construa a comunicação jurídica num determinado sentido, como forma de direcionar e modificar comportamentos (efeito perlocucionário da norma).

Nessa espécie de modelo, as comunicações ocorridas no bojo da sociedade não têm o condão de modificar o Direito, criando um novo instituto jurídico, mas apenas de servirem como fundamento para elaboração posterior de uma norma que atenderia àquela demanda. Nessa espécie de modelo, é o Direito que cria a linguagem e, por isto, se trata de uma linguagem com características artificiais.

Os modelos-conceito parecem possuir um caráter cibernético¹⁹¹, pois surge uma demanda social ou uma necessidade política (v.g., a tipificação do crime de terrorismo)¹⁹² e, apenas num momento posterior, o legislador, atendendo às circunstâncias (retroalimentação cibernética ou *feedback*), cria a norma, tornando a conduta criminosa. Antes da retroalimentação do sistema linguístico-jurídico, que criou a linguagem artificial do crime, não poderia se considerar a conduta criminosa, diferentemente do que ocorre com os modelos-tipo, que incidem antes mesmo da criação da norma.

Outro exemplo, de natureza civil, diz respeito ao modelo-conceito de empresário. Antes da promulgação do atual Código Civil, que adotou a denominada “teoria da empresa”, o antigo Código Comercial adotava a arcaica “teoria dos atos de comércio”. Por se tratar de um modelo-conceito, rígido, a modificação não pôde ser operada através dos usos e costumes comerciais e, por isto, somente através da nova legislação civil, que modificou o modelo-conceito de empresário, que a demanda social foi atendida (retroalimentação cibernética).

A questão da cibernética aplicada ao Direito é extremamente complexa e merece um estudo próprio, contudo, cabe frisar, para a boa compreensão deste trabalho, que no

¹⁹¹ A cibernética, aqui, não se confunde com a informática, e deve ser entendida “como o estudo abstrato dos processos reais organizados em ‘sistemas’ (por ora entendidos no sentido corrente do termo), no interior dos quais ela analisa a recepção, a transmissão e a retroação das informações, omitindo deliberadamente a análise das influências materiais ou energéticas exteriores ao próprio sistema” (LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito – vol. III*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 9). A teoria dos sistemas omnicompreensivos (autopoieticos) de Niklas Luhmann aproxima-se bastante da teoria cibernética, apesar de existirem algumas diferenças que, de tão complexas, não podem ser tratadas nesta obra.

¹⁹² Aqui não pretendemos discutir se a tipificação do crime de terrorismo é legítima ou não, mas apenas utilizá-la como um exemplo atual, muito discutido em razão da Copa do Mundo que se realiza no Brasil em meados de 2014.

Direito, em regra, os modelos-tipo são construídos de forma espontânea através das iterações comunicativas (usos e costumes), e os modelos-conceito são usualmente construídos de forma artificial pelo legislador, como forma de atender à determinada demanda social.

1.1.2. Os níveis de associações: associações nos signos e nos enunciados

As associações através de modelos-tipo e modelos-conceito podem acontecer em dois níveis: nos signos, que se dá entre o suporte físico, o significado e a significação, ou entre diversos signos em torno de um elemento comum; ou nos enunciados.

Nos enunciados, as associações são muito mais complexas, pois, além dos enunciados poderem assumir características mais próximas de modelos-tipo ou de modelos-conceito, os signos que o compõem também possuem características de tipo ou de conceito. Assim, a análise dos enunciados, como se verá, é extremamente complexa e, muitas vezes, inconclusiva.

1.1.2.1. Associações nos signos

A formulação mais elementar da teoria dos modelos é a interação entre signos. Este tema já foi por nós trabalhado, ao tratarmos das iterações sgnicas hipotéticas, na primeira parte deste trabalho.¹⁹³

As associações nos signos podem ocorrer de duas formas diferentes: dentro do próprio signo, entre o suporte físico, significado e significação; ou entre dois ou mais signos, em torno de um signo protótipo, naquilo que denominamos iterações sgnicas hipotéticas.

Na sua primeira forma, considerada mais simples, as iterações ocorrem dentro do próprio signo, entre seus elementos.

¹⁹³ Vide, na Primeira Parte deste trabalho, “Capítulo 2 – Teoria dos signos”.

Assim, será considerado um modelo-tipo aquele signo em que o significado e a significação, que são, em regra, enunciados, apresentam-se através de atributos relevantes, porém renunciáveis, ainda que não em sua totalidade; e será considerado um modelo-conceito quando os atributos do significado e da significação forem considerados irrenunciáveis.

Existem formas mistas, híbridas, onde não é possível identificar com clareza se os enunciados que se consubstanciam no significado e na significação possuem atributos irrenunciáveis ou não, ou mesmo quando o significado apresenta a característica de tipo e a significação, de conceito, ou vice-versa.

Além disso, num nível mais complexo, podem ocorrer iterações entre dois ou mais signos, nas chamadas iterações sýgnicas hipotéticas, que podem ocorrer de sete maneiras diferentes: a) identidade absoluta entre o modelo e o signo comparado; b) identidade entre o suporte físico; c) identidade entre significados; d) identidade entre suporte físico e significado; e) identidade entre suporte físico e significação; e f) identidade entre significado e significação.

Não pretendemos, neste momento, revisitar o tema que já foi debatido ao tratarmos da hermenêutica linguística, mas sim frisarmos que as iterações podem ocorrer tanto com modelos-tipo quanto como modelos-conceito.

1.1.2.2. Associações nos enunciados

A teoria do enunciado foi primeiramente desenvolvida pelo linguista russo Mikhail Bakhtin¹⁹⁴ ao estudar os problemas conceituais e terminológicos da comunicação verbal, especialmente da confusão entre os conceitos de enunciado, frase e oração. No seu estudo, o autor afirma que o enunciado é a unidade real da comunicação verbal, isto é, que a “comunicação verbal se dá através de enunciados, sendo estes a instância que faz a ligação da língua com a vida, com a sociedade e, portanto, com a história”.¹⁹⁵

¹⁹⁴ BAKHTIN, Mikhail M. *Estética da criação verbal*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

¹⁹⁵ FARIAS, Washington Silva de. *Teoria do enunciado e teoria gramatical: (des)enredamento de conceitos*. *Graphos vol. VI*. João Pessoa, 2003. p. 160.

Assim, ao contrário do que afirmam muitas gramáticas da língua portuguesa, o enunciado não se confunde com a oração ou com a frase, sendo um elemento mais amplo e completo da comunicação, acrescido pelo seu contexto.

Alguns enunciados possuem características de modelo-tipo, quando possuam caracteres renunciáveis, outros, de modelos-conceito, quando possuam caracteres irrenunciáveis.

Contudo, como os enunciados são, na maioria das vezes, compostos de diversos signos, é muito difícil que, na prática da comunicação, um enunciado seja um modelo-tipo ou um modelo-conceito “puro”. A regra para os enunciados são as formas mistas, pois são compostos usualmente de signos que se consubstanciam em modelos-tipo associados a outros que são modelos-conceito.

Assim, com relação aos enunciados, no mais das vezes, podemos afirmar que eles possuam características de um modelo-tipo ou de um modelo-conceito, mas não podemos afirmar que eles são compostos apenas de signos com característica de tipo ou de conceito.

Até mesmo nos enunciados do Direito Penal, chamados pela doutrina impropriamente de tipo, apesar da evidente característica conceitual, são, algumas vezes, compostos por elementos-tipo que atuam em conjunto com os elementos-conceito.

1.2. Tipo

Nos primórdios do Direito Penal, a expressão latina *corpus delicti* designava todos os elementos que compunham a infração penal; contudo, a partir de meados do século XVIII o *corpus delicti* foi substituído, na doutrina alemã, pelo termo *Tatbestand*, mas conservando a ideia de integralidade dos elementos que compõem o crime.¹⁹⁶

¹⁹⁶ “Antes da descoberta da teoria da tipicidade (que veio a acontecer em 1906, por obra de Beling – *Die Lehre vom Verbrechen (sic)*), o delito era concebido de uma forma global, total, e compreendia todos os elementos necessários para a sua punibilidade. A expressão alemã *Tatbestand* – que significa “em que consiste o fato ou delito” – (surgida no final do século XVIII e que ainda aparecia no Código penal alemão de 1871), veio a substituir a (antiga) locução latina *corpus delicti* (que tinha esse sentido de conjunto dos requisitos indispensáveis para a punibilidade de uma conduta).” (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 228).

Foi apenas com o advento da teoria da tipicidade, no ano de 1906, através do trabalho de Ernst Beling, *Die Lehre von Verbrechen*, que o *Tatbestand*, que para o português foi traduzido como “tipo”, passou a ser considerado um dos elementos do conceito analítico de crime.

Na atualidade, o estudo do “tipo”, devido à sua importância analítica, é considerado o meio através do qual o Direito Penal é pensado¹⁹⁷, muito se discutindo sobre a sua natureza, seus elementos (objetivo, subjetivo e, para alguns autores, normativo), sua função, etc. Contudo, raras vezes se dedicou a um estudo aprofundado do conceito de tipo, o que fez que com o passar dos anos se criasse um hiato entre o conceito de tipo no Direito Penal e nos demais ramos do pensamento humano.

Com efeito, o tipo (modelo-tipo), para os demais ramos do pensamento humano, é considerado um dos modelos de ordenação linguística possíveis, em contraposição ao modelo conceitual. No modelo-tipo, os elementos linguísticos, que podem ser signos ou enunciados, são ordenados, de maneira flexível, numa cadeia de associações construídas a partir de uma série de atributos considerados relevantes, mas não necessários, naquele contexto comunicativo (protótipo).

Os modelos típicos não se submetem à lógica modal, à lei do terceiro excluído, que não permite gradações entre incluído/não incluído, isto é, que não permite elementos intermediários, mas sim à lógica difusa associada à teoria do contexto da comunicação, tratando-se de uma verdadeira gradação, e não de uma inclusão de classe, como ocorre com o conceito. Na lógica difusa, como se afirmou brevemente ao tratar da dúvida, na primeira parte deste trabalho, existem, entre os dois modais absolutos (verdadeiro/falso), modais relativos, como no caso, o talvez pertença e o talvez não pertença ao modelo.

Esses modais relativos são verdades contextuais, como se verá. Isso significa que, conforme o contexto da comunicação, um determinado elemento linguístico pode ou não ser associado a determinado protótipo.

Sendo assim, diferentemente dos modelos-conceito, que são conceituados, os modelos-tipo são apenas descritos, já que algumas de suas características são

¹⁹⁷ BRANDÃO, Claudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 19

renunciáveis.¹⁹⁸ Isso não significa que exista um núcleo irrenunciável (em tese, poderíamos chamá-lo de “núcleo conceitual”) nos modelos-tipo.

Detlef Leenen¹⁹⁹, exemplificando a diferença entre tipos (para nós, modelos-tipo) e conceitos (modelos-conceito), coloca como exemplo de um modelo-tipo no Direito a doação. Partindo da teoria dos protótipos por nós adotada, os elementos da doação, além dos sujeitos (doador e donatário) são a transmissão da propriedade e a desproporção na prestação de uma das partes, que não se confunde, necessariamente, com a gratuidade.

Entre a doação (protótipo 1) e a compra e venda (protótipo 2) existe um gradiente de onerosidade, onde é possível se enxergar apenas o grau-zero (limite mínimo), que é a doação de fato, e o limite máximo, que é a compra e venda a preço de mercado.²⁰⁰ Todos os outros negócios jurídicos intermediários ficam numa zona cinzenta onde não é possível, *a priori*, afirmar se é uma doação ou uma compra e venda.

Nestas situações, entende-se, como será melhor demonstrado nos tópicos subsequentes, que o signo linguístico (doação) se aproximará mais de um ou outro protótipo em razão do contexto em que se desenvolve a comunicação.

A exclusão da categoria só ocorre nas hipóteses em que o objeto-comparado se afasta de tal maneira do protótipo que, mesmo seus caracteres flexíveis não permitem que ocorra a comparação. Pensando no exemplo acima citado, na hipótese em que um vendedor aplique um grande desconto ao bem, vendendo-o a um preço substancialmente abaixo do mercado, estaremos diante de um compra e venda, pois os elementos do negócio jurídico se afastam demasiadamente do protótipo da doação; situação diferente ocorreria no caso de um pai que, por um preço bastante abaixo do mercado, vendesse ao seu filho um bem como forma de, na verdade, dissimular uma verdadeira doação.

¹⁹⁸ Nesse sentido é a lição de Misabel Abreu Machado Derzi: “[...], o tipo não é definido, mas apenas descrito, suas características não são indispensáveis, sendo que algumas delas podem faltar”. (Tipicidade no Direito Tributário. In: TORRES, Ricardo; *et alii.* (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 1321).

¹⁹⁹ LEENEN, Detlef. *Typus und Rechtsfindung: Die Bedeutung der typologischen Methode für Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*. Berlin:Duncker & Humblot, 1971. p. 34 e ss.

²⁰⁰ “[...]. Já a onerosidade nos negócios forma um tipo, pois entre os polos, doação de um lado e compra e venda a preço de mercado em outro, há inúmeros degraus de onerosidade. O limite é o grau-zero, onde, nitidamente, vê-se o tipo doação em sua forma plena. A partir daí, dão-se transições fluídas até o tipo pleno oposto: compra e venda a preço de mercado”. (DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 76).

Nesta última hipótese estamos diante de uma doação, ainda que dissimulada, pois os caracteres do negócio jurídico se aproximam do protótipo da doação.

Com isso fica claro que os modelos-tipo diferem dos modelos-conceito, pois estes possuem elementos que exigem certeza, rígidos, irrenunciáveis, estando submetidos à lógica modal e, conseqüentemente, à lei do terceiro excluído e à ideia de inclusão de classe.²⁰¹ Assim, nos modelos-conceito, a comparação é feita com fundamento na inclusão de classes: existindo todos os elementos que compõem o modelo, há a inclusão, faltando ou havendo dúvida sobre qualquer dos elementos, não há a inclusão.

No Direito Penal, o tipo é tido como um enunciado linguístico com elementos rígidos irrenunciáveis, aproximando-se muito mais de um modelo-conceito, do que de modelo-tipo. Isso se deve, segundo a doutrina, à tradução pouco precisa do signo alemão *Tatbestand* como tipo. Não é possível precisar em qual momento ocorreu o erro²⁰², porém é certo que o termo alemão não pode ser tomado como modelo-tipo, ao menos em sua acepção linguística pura, mas sim como tipo em sentido impróprio²⁰³, já que se trataria, ao menos numa primeira leitura, de um modelo-conceito.

Porém, há de se destacar que a tradução é um ato de interpretação, estando sujeito à extensão do repertório linguístico e aos pré-conceitos do tradutor que podem, eventualmente, levá-lo ao erro.²⁰⁴ Até meados do século XX não havia se desenvolvido, nos países latinos, especialmente nos países de língua portuguesa e espanhola, uma verdadeira teoria da norma que oferecesse um vasto repertório linguístico que permitisse ao intérprete verter, para sua língua, a descrição, o enunciado contido na norma penal.

Acrescente-se a isto o fato do termo alemão ter natureza doutrinária, onde a intenção que é dada pelo doutrinador ao signo da comunicação é deveras importante, podendo potencializar o erro.²⁰⁵ Nessa medida, como bem observa Marina Pinhão Coelho

²⁰¹ Nesse sentido: DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 102 e ss.

²⁰² Jesús Orlando Gómez López afirma que o termo “foi traduzido ao espanhol por Jiménez de Asúa como *tipo penal*, conceito que se impôs na doutrina contemporânea, [...]”. (*Tratado de Derecho Penal, tomo III: La tipicidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. p. 14 – tradução livre).

²⁰³ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 150 e ss.

²⁰⁴ Sobre o “equivoco” na tradução, vide: STOLZE, Radegundis. *Hermeneutische Übersetzen: Linguistische Kategorien des Verstehens und Formulierens beim Übersetzen*. Tübingen: Gunter Narr Verlag, 1992. p. 51 e ss.

²⁰⁵ “Fora do âmbito da linguagem da lei e da linguagem diretamente a ele subordinada, sobretudo no âmbito da linguagem doutrinária de figuras jurídicas não positivadas (objetivadas na lei), subsiste um vasto domínio

Araújo²⁰⁶, Beling empregou os termos alemães *Typizität*²⁰⁷ e *Tatbestandsmäßigkeit*²⁰⁸ como sinônimos.²⁰⁹

Observe-se que, até mesmo atualmente o termo é traduzido de maneira imprecisa. O exemplo maior imprecisão moderna é trazido pela doutrina, especialmente do Direito Tributário, que traduz o termo *Tatbestand* como fato gerador, que não traduz com propriedade o fenômeno. Com efeito, o termo “fato gerador” pode indicar tanto a conduta praticada quanto a descrição contida na norma, afastando-se muito daquilo que significa *Tatbestand* ou mesmo tipo penal.

Assim, na nossa concepção, o tipo no Direito Penal deve ser entendido como o código da comunicação legislativa, um modelo de conduta²¹⁰, que se consubstancia no enunciado da hipótese de incidência da norma primária da norma penal. Observe que o tipo não é a hipótese de incidência da norma primária em si, pois ela é composta por dois elementos, o enunciado (o tipo) e a licitude, conforme estudado na primeira parte deste trabalho.

Com esse conceito de “tipo penal” encerra-se uma série de equívocos que são comumente cometidos pela doutrina.

da linguagem subjetiva, que não é juridicamente vinculativa, mas que apenas tem a autoridade científica que é reconhecida ao seu autor. [...]; Este aspecto impreciso e flexível da linguagem jurídico-doutrinária está em aparente contradição com o rigor e com o caráter vinculativo que geralmente se reconhece à linguagem jurídica”. (SOUSA, Antônio Francisco. *Fundamentos da tradução jurídica: alemão-português*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87).

²⁰⁶ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal: uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 45.

²⁰⁷ É a característica do tipo (tipicidade).

²⁰⁸ É a característica do *Tatbestand* (hipótese de incidência), “significa a associação”. (ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal: uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 45). O termo poderia ser também traduzido por incidência.

²⁰⁹ No mesmo sentido é a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, que afirmam: “Em alemão, ainda hoje se chama *Tatbestand*, que significa ‘hipótese de fato’, que provém do latim medieval (*facti species*), que significa ‘figura do fato’ (por isso *Tatbestand* se traduz em italiano como *fattispecie*) e foi traduzido e difundido em português como ‘tipo’. Até 1906, usava-se a palavra *Tatbestand*, mas a ela não era dado qualquer conteúdo sistemático semelhante ao atual. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro v. 1: parte geral*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.388)

²¹⁰ “Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. **É um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido** (constitui a matéria da proibição) e exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes.

Esse modelo construído não é aleatório: a ordem, o significado, são ínsitos à ação, cabendo, por reflexão e abstração, traçar de modo paradigmático o perfil e o sentido do comportamento. **O modelo construído refere-se, portanto, a comportamentos futuros e previsíveis, aos quais se atribuem determinadas consequências jurídicas.**” (ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal: uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 43 – **negrito no original**).

Primeiro, ao conceituarmos o tipo penal como o enunciado da hipótese de incidência da norma primária da norma penal incluímos, nesta hipótese da norma, a ilicitude, que precede a tipicidade em razão da existência de uma ilicitude sistêmica, isto é, de uma ilicitude que emana do sistema jurídico e que é prévia à incidência do tipo penal; além disso, definimos, dentro da estrutura sintática da norma penal, a exata posição do tipo.

Segundo porque, ao conceituarmos o tipo como um enunciado composto por modelos-tipo (tipos propriamente ditos) e modelos-conceito (conceito) admitimos que é impossível, na prática, classificarmos de maneira rígida os diversos enunciados punitivos, afirmando com veemência que se tratam de tipos ou de conceitos, como faz equivocadamente parte da doutrina.

A complexidade linguística dos enunciados jurídicos faz com que a tarefa classificatória se torne impossível. Até mesmo o exemplo da doação, tido como um exemplo de modelo-tipo pela doutrina poderia ser interpretado como um modelo conceito caso atribuíssemos um rigor maior para seus elementos constitutivos.

No mais, apesar de refutarmos a ideia de “tipos abertos”, que é tautológica para a linguística, já que os tipos em sentido próprio são sempre abertos, a partir desta constatação podemos concluir que muitos enunciados são mistos, pois possuem modelos-tipo ao lado de modelos-conceito, conforme se verá.

1.2.1. Tipo e teoria dos protótipos

A fenomenologia de Edmund Husserl trabalha com o conceito de redução eidética, que é a visão da essência de um determinado objeto.²¹¹ Apesar de entendermos que não existe uma essência em si nos objetos, pois estes (os objetos) são sempre linguísticos e intersubjetivos, isto é, construídos pelos incontáveis processos comunicativos que ocorrem no seio da sociedade, a criação de modelos-tipo é uma espécie de redução eidética.

²¹¹ TUGENDHAT, Ernst. *Der Wahrheitsbegriff bei Husserl und Heidegger*. 2ª ed. Berlim: Walter de Gruyter, 1970. Sobre a influência da fenomenologia no Direito e na sua interpretação, vide: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 151 e ss.

Não se trata de uma redução à essência em si do objeto, mas sim àquilo que a intersubjetividade comunicativa considera como essencial ao objeto. Nesse sentido, foi desenvolvida nos Estados Unidos, nos anos de 1970, a denominada teoria dos protótipos.

A teoria dos protótipos surgiu primeiramente nos trabalhos coordenados e orientados por Eleanor Rosch no campo da psicologia cognitiva.²¹² A autora procurou demonstrar em seus trabalhos as associações não arbitrárias feitas em torno de determinados objetos (elementos linguísticos). Assim, a partir de elementos considerados naturais, como “maçã”, ou não naturais, como “cadeira”, estudou empiricamente as associações que eram construídas pelos indivíduos.

Posteriormente, George Lakoff²¹³ introduziu estes estudos no campo da linguística, criando um novo campo, denominado de semântica cognitiva. O autor cria a teoria do Modelo Cognitivo Idealizado (MCI), que são “estruturas conceituais complexas que organizam nosso conhecimento geral sobre o mundo”.²¹⁴

O conhecimento, assim, é categorizado a partir de um elemento central, o protótipo, a partir do qual são feitas as associações com os demais signos linguísticos. Contudo, logo foram constatados diversos problemas na teoria dos protótipos, especialmente com relação às classificações de elementos linguísticos não homogêneos, polissêmicos, que possuem significados diversos conforme o contexto da categorização.

Se tentássemos construir uma associação de diversos elementos linguísticos considerados pássaros e tomássemos como protótipo o sabiá²¹⁵, por exemplo, além das características voar e ter penas, apareceriam outras características como cantar, que é essencial ao sabiá, mas não aos demais pássaros.

²¹² ROSCH, Eleanor; MERVIS, Carolyn B. Family resemblances: studies in the internal structure of categories. *Cognitive psychology* 7. Berkley: American Press, 1975; ROSCH, Eleanor; *et alii.* Basic objects in natural categories. *Cognitive psychology* 8. Berkley: American Press, 1976.

²¹³ LAKOFF, George. *Women, fire, and dangerous things: what categories reveal about the mind*. Chicago: The University of Chicago Press, s/d; ROSCH, Eleanor; LLOYD, Barbara B (orgs.). *Cognition and categorization*. Hillsdale: Lawrence Erlbaum, 1978

²¹⁴ RIZATTI, Cleonice Lucia. Da teoria prototípica da categorização de Rosch à teoria de protótipos de Kleiber. *Revista língua & literatura*. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, s/d. p. 21.

²¹⁵ O exemplo é trazido por: RIZATTI, Cleonice Lucia. Da teoria prototípica da categorização de Rosch à teoria de protótipos de Kleiber. *Revista língua & literatura*. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, s/d. p. 22 e ss.

Por isso, George Kleiber²¹⁶ desenvolveu aquilo que se denomina teoria dos protótipos estendida. Na teoria, Kleiber não abandona a ideia dos protótipos²¹⁷, mas passa a não considerá-los mais os elementos centrais de organização das categorias. Disso decorre que, para uma mesma categoria, podem existir diversos protótipos válidos e que o protótipo não é mais o elemento central da categorização, mas apenas um dos elementos.

A categorização que antes era considerada centrípeta, isto é, se construía em torno de um protótipo, passa a ser centrífuga, construída a partir da associação de diversos protótipos, como uma corrente.

Mesmo a teoria de Kleiber não explica com clareza a validade das categorizações (associações), tendo sido desenvolvidas, com o passar dos anos, diversas teorias de caráter linguístico, lógico e filosófico para fundamentar a validade ou invalidade de determinadas associações.

1.2.1.1. Lógica difusa

Desde a sua concepção, a teoria dos protótipos é fundada na denominada lógica difusa. Para a lógica difusa, como se argumentou em algumas passagens deste trabalho, existem valores intermediários entre os polos “verdadeiro” e “falso”.²¹⁸ “Alguns lógicos afirmam que existem três valores, outros, cinco. Porém, a corrente mais popular é a de considerar um número infinito de valores intermediários, representados entre os números 0 (para totalmente falso) e 1 (para totalmente verdadeiro)”.²¹⁹

²¹⁶ KLEIBER, George. *La sémantique du prototype*. Paris: PUF, 1990

²¹⁷ “Kleiber adota a concepção abstrata de protótipo, entendendo-a como uma combinação de atributos ou propriedades típicas de uma categoria, sem necessidade de ser comparada a um exemplar para ser pertinente, ou seja, o protótipo é como um objeto mental, esquema ou imagem cognitiva associado à palavra que se caracteriza e passa a ser visto como efeito da estrutura da categoria, podendo variar de acordo com o tipo de estrutura.” (RIZATTI, Cleonice Lucia. Da teoria prototípica da categorização de Rosch à teoria de protótipos de Kleiber. *Revista língua & literatura*. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, s/d. p. 22).

²¹⁸ “O termo *fuzzy* [traduzido para o português como “difusa”] diz respeito a conceitos sem limites precisos. Membros de um conjunto *fuzzy* – o conjunto onde o conceito difuso se aplica – são pensados como uma questão de gradação”. (ROUTLEDGE. *Concise Routledge encyclopedia of Philosophy*. Londres: Routledge, 2000. p. 302 – Tradução livre).

²¹⁹ “Vagueness”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/vagueness/#AllVagLin>. Acesso em 27 de maio de 2014. (Tradução livre).

Contudo, diversas críticas são dirigidas à teoria dos protótipos fundada na lógica difusa. A mais usual diz respeito ao fato de a lógica difusa deturpar os conceitos precisos da lógica clássica; contudo, a mais incisiva diz respeito ao fato de que, ao alargar demasiadamente os elementos intermediários existentes entre os valores absolutos “verdadeiro” e “falso”, torna-se de tal maneira imprecisa que permitiria a inclusão de praticamente qualquer objeto na associação.

Se pensarmos na figura geométrica círculo, temos um polo verdadeiro (o círculo) e diversos polos falsos (triângulos, quadrados etc.). Contudo, se partirmos de uma análise através da lógica difusa, veremos que como um círculo pode ser hipoteticamente um polígono de infinitos lados, teríamos que os outros elementos geométricos seriam, na verdade, elementos intermediários.

Isso demonstra que, apesar da teoria dos tipos ser uma manifestação da lógica difusa, a criação dos valores intermediários não pode ser ilimitada ao arbitrário, devendo respeitar critérios sólidos. Em razão disto, criaram-se teorias que podemos classificar como complementares à lógica difusa, como a teoria da superavaliação, da subavaliação e do contexto (contextualismo), que serão estudadas em seguida.

1.2.1.2. Teoria da superavaliação

Segundo a teoria da superavaliação, “casos limítrofes não têm um valor verdade. Isso explica porque é impossível saber o valor verdade de um caso limítrofe”.²²⁰ No contexto da superavaliação, como é impossível atribuir-se o valor “verdade” ao elemento linguístico, que são *a priori* considerados sempre falsos, o signo ou enunciado é considerado verdadeiro desde que esteja sintaticamente correto e que o elemento que apresenta vagueza seja interpretado com o mesmo sentido nos enunciados disjuntivos.²²¹

²²⁰ “Vagueness”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/vagueness/#AllVagLin>. Acesso em 27 de maio de 2014. (Tradução livre).

²²¹ “Uma alternativa para a lógica dos predicados vagos é o método da superavaliação. O ponto central desta teoria é a noção de dois modelos parciais à qual é atribuído um valor. O modelo parcial à qual é atribuído valor M , para um predicado simples como *maçã* consiste num universo do discurso U_m (um conjunto vazio) e para cada predicado P uma função parcial P_m , que atribui o valor 1 para alguns objetos (aqueles na ‘extensão positiva’ de P conforme M), 0 para outros (aquele na ‘extensão negativa’ de P conforme M), e um valor indefinido para outros objetos (aqueles decorrente da falta de verdade em P ou da falta de

Nessa medida, os enunciados “Antônio é alto” e “Antônio não é alto”, por serem sintaticamente corretos são verdadeiros, desde que se atribua o mesmo significado ao termo vago que, no caso, é o signo “alto”.

Alguns autores defendem a complementação da lógica difusa pela teoria da supervalorização como um meio eficaz de fundamentar as associações feitas através da teoria dos protótipos.²²² Contudo, a solução pela teoria da supervalorização não se mostra adequada para solucionar o problema.

A teoria da supervalorização joga por terra muitos conceitos da lógica clássica, especialmente de algumas regras de inferência, como a contraposição, chegando-se ao absurdo de, dentro de uma perspectiva de supervalorização, um enunciado que é tido como “não-verdadeiro não poder ser considerado falso”.²²³ Isso se dá em razão da teoria condicionar a validade de determinado signo ou enunciado apenas com fundamento na sua estrutura sintático-semântica, significa, relevando o contexto, o elemento pragmático, que como se verá, é muito importante para a teoria dos modelos, especialmente para a teoria dos protótipos.

1.2.1.3. Teoria da subvalorização

Outra teoria elaborada para fundamentar as associações fundadas na teoria dos protótipos foi a da subvalorização. Enquanto na teoria da supervalorização nenhum elemento linguístico limítrofe é considerado verdadeiro, na subvalorização todos os elementos são considerados verdadeiros.²²⁴

determinação de M) Assim, o termo $maçã_m$ faz com que seja atribuído o valor 1 a todos os objetos em M que são com certeza maçãs, 0 para aqueles objetos que não são maçãs, e indefinido para aqueles objetos (se há algum) que não podem nem ser considerados maçãs nem não-maçãs.” (KAMP, Hans; Partee, Barbara. Prototype theory and compositionality. *Cognition* 55. Amherst: Elsevier, 1995. p. 148 – tradução livre).

²²² KAMP, Hans; Partee, Barbara. Prototype theory and compositionality. *Cognition* 55. Amherst: Elsevier, 1995. p. 145 e ss.

²²³ “Vagueness”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/vagueness/#AllVagLin>. Acesso em 27 de maio de 2014. (Tradução livre).

²²⁴ “Enquanto a supervalorização estuda os casos fronteirios através da falta do valor verdade, a teoria [da subvalorização] o faz através do uso excessivo do valor verdade. O excesso consiste numa proposição que é, ao mesmo tempo, verdadeira e falsa. A regra do referido excesso é o reflexo oposto da regra das lacunas [do valor verdade, presentes na teoria da supervalorização]: uma sentença é considerada verdadeira se for considerada verdadeira em ao menos uma atribuição de valor. A sentença é falsa se for considerada falsa numa atribuição de valor. Então, se a sentença é considerada verdadeira em uma atribuição de valor, e falsa

O valor verdade ou falsidade do enunciado depende, para a teoria, simplesmente da atribuição de um valor verdadeiro ou falso a ela, podendo ser verdadeira, caso se atribua um valor verdade, ou falsa, caso se atribua um valor falsidade. Assim, a sentença contraditória “o homem é cego, mas enxerga” será verdadeira ou falsa conforme se atribua a ela o valor verdade ou o valor falsidade.

Pablo Cobreros²²⁵ afirma que a teoria da subvaloração estuda de maneira mais eficaz a vagueza dos enunciados, em detrimento da teoria da supervaloração. Porém, atribuir o valor verdade a todos os enunciados, ainda que *a priori*, de maneira temporária, é muito mais temerário do que atribuir o valor falsidade, como ocorre na supervaloração.

Contudo, nenhuma das teorias apresentada é adequada para resolver o problema da vagueza dos signos e, conseqüentemente, das associações com fundamento na teoria dos protótipos. A única forma de solucionar o problema é através da teoria do contextualismo, que será estudada a seguir.

1.2.1.4. Teoria do contextualismo

Na epistemologia, a teoria do contexto (contextualismo) é a doutrina “para a qual os padrões de conhecimento e justificação variam conforme o contexto”.²²⁶ Assim, um enunciado será considerado verdadeiro ou falso conforme o contexto em que ocorre a comunicação.

O contextualismo não é uma teoria infensa a críticas, contudo, apresenta-se como uma solução muito mais adequada para resolver o problema das associações realizadas com fundamento na teoria dos protótipos.

Primeiro, porque o contextualismo não afasta a aplicação da lógica difusa, mas atua, na verdade, como um complemento, fazendo com que o elemento intermediário seja considerado verdadeiro ou falso conforme o contexto em que ocorre a comunicação.

em outra, é ao mesmo tempo verdadeira e falsa”. (Vagueness”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/vagueness/#AllVagLin>. Acesso em 27 de maio de 2014 - Tradução livre).

²²⁵ COBREROS, Pablo. Vagueness: subvaluationism. *Philosophy Compass*. 2013.

²²⁶ ROUTLEDGE. *Concise Routledge encyclopedia of Philosophy*. Londres: Routledge, 2000. p. 174. (Tradução livre).

Segundo, porque, diferentemente da supervaloração e da subvaloração, que atribuem, *a priori*, a falsidade e a verdade do elemento intermediário, o contextualismo os mantém numa posição neutra, só atribuindo o valor verdadeiro ou falso após a construção do contexto da comunicação.

Como dissemos na introdução deste capítulo, ao elaborarmos uma lista de supermercado, podemos associar diversos elementos linguísticos que, em outro contexto, não poderiam ser associados, porque resultariam de uma associação falsa (v.g., ao associarmos aquilo que tem característica de alimento, poderíamos, certamente, incluir leite e ovos, mas não roupas, pois nesse contexto, diferentemente do que ocorre com a lista do supermercado, esta associação é falsa).

O contextualismo ainda nos permite trabalhar com mais clareza os fenômenos da variação, da mutação e do canto e conflito linguístico. Para as teorias da supervaloração e da subvaloração, assim como para a lógica difusa aplicada sem o temperamento do contextualismo, a variação e a mutação linguística são apenas fenômenos acidentais, e não um dos elementos da comunicação.

A teoria do contexto nos permite explicar porque, em determinada região uma associação é considerada verdadeira e, em outra, falsa, ou mesmo porque, no passado, uma determinada associação era considerada verdadeira e, agora, é falsa.

Essas características fazem com que a teoria seja a que melhor se adeque não só aos estudos da linguística, mas também ao Direito. O enunciado legislativo é construído para perdurar, em tese, indefinidamente, e para ser aplicado em uma grande extensão territorial, que muitas vezes supera o território de um país, fazendo com que sobre esta comunicação legislativa, incidam os mais variados contextos capazes de alterar seu conteúdo.

Assim, concluímos que a única teoria adequada para fundamentar as associações ocorridas com fundamento na teoria dos protótipos é a do contexto, que traz as ferramentas adequadas para avaliar a comunicação no tempo e no espaço.

1.2.2. O tipo nas diversas áreas do pensamento

Diferentemente do Direito, onde uma série de confusões metodológicas fizeram com que o modelo-tipo, mais usualmente denominado apenas de tipo, fosse tomado numa série de acepções, muitas delas equivocadas, noutros ramos do pensamento, a ideia original de associação linguística construída a partir de atributos relevantes, mas não necessários, denominados de protótipos remanesce intacta. É nessa medida, o contrário do conceito, onde a associação é realizada de maneira rigorosa, através de atributos necessários, irrenunciáveis.

É absolutamente impossível analisar de maneira minudente a utilização dos modelos-tipo em todas as áreas do pensamento humano, até mesmo porque raciocinamos através de associações, e os tipos se encontram, de alguma forma, em todos os campos da cognição humana. Sendo assim, selecionamos quatro áreas, além do Direito, que serão estudadas em momento oportuno, onde os modelos-tipo são utilizados de maneira mais evidente: Ciências naturais, Lógica, História e Sociologia, e Psicologia.

1.2.2.1. Ciências naturais

As Ciências naturais²²⁷ foram o primeiro ramo do conhecimento humano a utilizar de forma sistemática os agrupamentos típicos.²²⁸ Antes mesmo do desenvolvimento do conceito de tipo pela Lógica, os biólogos, geólogos e químicos já se valiam das associações realizadas em torno de protótipos de animais, plantas ou minerais, considerados como o modelo de determinada espécie ou gênero.

Nas Ciências naturais, os modelos-tipo são denominados de “tipos nomenclaturais”, conceituados como “termos gerais usados para designar espécies ou gêneros animais, substâncias orgânicas, minerais ou químicas, etc. (isto é, para quaisquer tipos de itens que não sejam artefatos humanos); p. ex. ‘tigre’, ‘ouro’, ‘água’, ‘ser humano’”.²²⁹ O tipo

²²⁷ Aqui o termo “ciências naturais” é entendido como o conjunto das ciências que estudam a natureza em todas as suas formas, como a Biologia, a Geologia, a Química, etc.

²²⁸ “[...]. Alerta Heyde, quem quiser encontrar as origens do atual conceito de tipo das ciências humanas, sobretudo na Alemanha, como ordenação do conhecimento que guarda a possibilidade de transições fluídas e ininterruptas, não deve voltar à mesma raiz, mas buscá-la nas ciências naturais especialmente na Zoologia e Botânica. (DERZI, Misabel Abreu Machado. Tipicidade no Direito Tributário. In: TORRES, Ricardo; *et alii*. (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 1320).

²²⁹ BRANQUINHO, João; *et alii*. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 775.

nomenclatural designa, na verdade, a associação de elementos naturais com fundamento numa determinada característica de um elemento-protótipo.

Na Biologia, que é o ramo das Ciências naturais onde o estudo dos tipos-modelo se desenvolveu de forma mais evidente, faz-se a distinção entre “tipos” e “tipos-nomenclaturais”. Os tipos nomenclaturais, também denominados de táxons, são, como dito acima, as associações realizadas com fundamento numa característica de um protótipo, já o tipo “é um elemento para uniformizar a aplicação dos táxons”²³⁰, é, em outras palavras, o espécime conservado em laboratório e utilizado como modelo para comparação.

A teoria dos modelos-tipo é tão relevante para o estudo da Biologia, que se desenvolveu uma ideia de “tipos de tipos nomenclaturais”, de formas de associações que podem ser realizadas a partir de uma determinada característica (tipo nomenclatural), ordenadas de forma gradativa, podendo se consubstanciar em holótipo, lectótipo, neótipo, isótipo, síntipo, parátipo e topótipo.²³¹

1.2.2.2. Lógica

A Lógica, mais precisamente a Lógica matemática, também desenvolveu sua própria teoria dos tipos. Esse estudo, que atualmente é muito aplicado na programação de computadores, foi desenvolvido pelo matemático e filósofo britânico Bertrand Russel, especialmente através da obra *Principia Mathematica*, que escreveu em conjunto com o matemático Alfred North Whitehead.

A teoria de Russel trabalha com a associação de elementos lógico-matemáticos em conjuntos, denominados de tipos. O matemático britânico desenvolveu sua teoria através do *princípio do círculo vicioso*, “que estipula que nenhuma totalidade pode conter

²³⁰ MAZZOCATO, Ana Cristina; BIONDO, Eliana. Tipos nomenclaturais e principais famílias do herbário CNPO da Embrapa pecuária sul. *Documentos 116*. Bagé: Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, 2011. p. 7.

²³¹ Como não é o objeto desta obra analisar detidamente cada um dos tipos de tipos nomenclaturais da Biologia, que demandaria um número excessivo de páginas, remetemos o leitor a seguinte obra, que se encontra também disponível na rede mundial de computadores: MAZZOCATO, Ana Cristina; BIONDO, Eliana. Tipos nomenclaturais e principais famílias do herbário CNPO da Embrapa pecuária sul. *Documentos 116*. Bagé: Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, 2011.

elementos definidos em termos de si mesmo”²³², o que significa dizer que nenhum conjunto (associação) pode encontrar fundamento em si mesmo, pois, caso isto ocorresse, incidiria o princípio da identidade, e haveria um conjunto, uma associação, de apenas um objeto com si mesmo.

A partir dessa constatação, a teoria dos tipos se desenvolveu em duas vertentes: a *teoria simples dos tipos*, onde “uma função denota ‘ambiguamente’ certa totalidade, a dos valores que pode assumir (e portanto também a dos seus argumentos), o que é inaceitável se esses valores não estiverem previamente bem definidos”²³³; e, em razão da insuficiência da teoria simples para resolver todos os problemas proposicionais, a *teoria ramificada dos tipos*, “uma sofisticação da teoria [simples] por meio da introdução de uma divisão em ordens”.²³⁴

Na época em que foi desenvolvida, a teoria dos tipos era utilizada para resolver alguns paradoxos lógico-matemáticos, porém, na atualidade, com o grande desenvolvimento da computação e, especialmente da inteligência artificial, a teoria dos tipos lógicos é utilizada para resolver conflitos sintáticos (e, por isto, linguísticos, ainda que submetidos a uma linguagem absolutamente artificial) no interior de programas de computador.

1.2.2.3. História e Sociologia

A História e a Sociologia também utilizam o tipo nos seus estudos, através da ideia de tipo ideal, “conceito utilizado como processo heurístico, de um objeto cultural ou social, que o pesquisador constrói a partir de elementos empíricos que ele escolhe na realidade e que ele acentua, para representa-lo segundo um modelo perfeitamente lógico e isento de contradição”.²³⁵

²³² BRANQUINHO, João; et alii. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 760.

²³³ BRANQUINHO, João; et alii. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 761.

²³⁴ BRANQUINHO, João; et alii. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 761.

²³⁵ ARNAUD, André-Jean (org.). *Dicionário enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Trad. Vicente de Paulo Barreto. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 789.

Atribui-se a origem do tipo ideal aos estudos de Max Weber²³⁶, contudo, a ideia surgiu de maneira paulatina através de estudos realizados por historiadores alemães no final do século XIX e início do século XX.²³⁷ Trata-se, na verdade, de uma tentativa de aproximação do estudo da História e da Sociologia com a Biologia, numa tentativa de emprestar o método científico das Ciências naturais às Ciências sociais. Este fenômeno foi, também, bastante evidente no Direito, especialmente no Direito Penal, através dos estudos da Escola Positiva.

Nas Ciências sociais em comento, não podemos afirmar que o estudo do tipo se consubstanciou numa teoria, se tratando, na verdade, de um método, ou melhor, da aplicação do método tipológico de comparação da Biologia, de natureza empírica e indutiva, às Ciências sociais. Assim, os tipos ideais nada mais são do que associações históricas e sociológicas realizadas com fundamento em determinadas características presentes ou não em um tipo ideal (protótipo).

No Direito, a ideia de tipo ideal se desenvolveu através do conceito de tipo normativo ideal, modelos perfeitos, necessários ao homem, “para, em conformidade com eles, orientar sua ação”.²³⁸

1.2.2.4. Psicologia

Outro ramo do pensamento humano que desenvolveu a ideia de tipo de maneira bastante extensa foi a psicologia.²³⁹ Carl Gustav Jung desenvolveu, no início da década de 1920, a ideia de tipos psicológicos.²⁴⁰ Tipo, segundo o autor, “é uma disposição geral que

²³⁶ Sobre o tipo em Weber, vide: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 658 e ss.

²³⁷ ARNAUD, André-Jean (org.). *Dicionário enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Trad. Vicente de Paulo Barreto. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 790.

²³⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 660.

²³⁹ “Psicologia dos tipos, uma orientação da nova Psicologia, que trabalhou com uma nova forma de descrever o sentimento através de tipos, que na análise psicológica, o conhecimento dos tipos é necessário para o estudo dos sentidos individuais”. HOFFMEISTER, Johannes. *Wörterbuch des philosophischen Begriffe*. 2 ed. Hamburgo: Felix Meiner, 1955. p. 622 – tradução livre).

²⁴⁰ “Em 1920, Carl Gustav Jung – psicólogo e psiquiatra suíço, dissidente da Psicanálise e fundador da Psicologia Analítica – publicou o livro *Tipos psicológicos*, em que traçou um quadro teórico sobre os tipos de personalidade, trazendo importantes elementos para a compreensão da psicologia de si mesmo e do outro, um conhecimento de fundamental importância para o autoconhecimento e a melhoria das relações humanas”.

se observa nos indivíduos, caracterizando-os quanto a interesses, referências ou habilidades”.²⁴¹

A teoria de Jung é bastante interessante, pois é uma associação de associações. Existem dois tipos “principais”, a extroversão e introversão, e quatro tipos “secundários”, que são associados aos principais, o pensamento, o sentimento, a sensação e a intuição. A partir daí, pode-se associar um determinado indivíduo a um desses oito tipos psicológicos.

Cabe asseverar que a teoria desenvolvida pelo psicólogo suíço trata os modelos-tipo em sua verdadeira acepção, isto é, são modelos flexíveis, com características renunciáveis, que podem variar de um indivíduo para outro. É uma verdadeira gradação dos indivíduos, que podem se aproximar ou não de determinado tipo psicológico, e não uma classificação.

Na década de 1940, a teoria de Jung foi aperfeiçoada através do trabalho de Isabel Mayer e Katharine Briggs, que desenvolveram uma teoria com dezesseis tipos psicológicos.²⁴² Essa teoria é denominada de *Myers-Briggs Type Indicator* (MBTI) que, apesar de duramente criticado, é a avaliação de personalidade mais utilizada no mundo.

1.2.3. O caráter mimético dos modelos-tipo

A classificação através de “tipos” (protótipos), como vimos, surgiu através dos estudos das Ciências Biológicas, especialmente da Botânica e da Zoologia. Nessa ciência, percebeu-se a existência de elementos semelhantes em protótipos que pertenciam a associações diversas, isto é, que determinados protótipos possuíam caracteres similares aos de outros protótipos, de associação absolutamente distinta. A essa imitação se denominou “mimese”.

(RAMOS, Luís Marcelo Alves. Os tipos psicológicos na psicologia analítica de Carl Gustav Jung e o inventário de personalidade “Myers-Briggs Type Indicator (MBTI)”: contribuições para a psicologia educacional, organizacional e clínica. *Dossiê vol. 6, n.º 2*. Campinas: Educação Temática Digital, 2005. p. 138).

²⁴¹ JUNG, Carl Gustav. *Tipos psicológicos*. São Paulo: Zahar, 1967. p. 131.

²⁴² RAMOS, Luís Marcelo Alves. Os tipos psicológicos na psicologia analítica de Carl Gustav Jung e o inventário de personalidade “Myers-Briggs Type Indicator (MBTI)”: contribuições para a psicologia educacional, organizacional e clínica. *Dossiê vol. 6, n.º 2*. Campinas: Educação Temática Digital, 2005. p. 152.

Nas Ciências Humanas, o conceito de mimese se desenvolveu especialmente a partir da Linguística Cognitiva e da Literatura. Na Literatura, o fenômeno é tido com a correlação intrínseca (que podemos chamar de imitação) entre o discurso e a realidade histórica em que está inserido o escrito ou o artista.

Já para a linguística cognitiva, é tido como a associação entre imagem e representação do objeto.²⁴³ Nesse contexto se desenvolveu a ideia do “signo mimético”, aquele em que as associações entre signo, significado e significação não seriam arbitrárias, mas construídas através da comunicação. Contudo, na atualidade, a ideia de signo mimético como correspondência entre o signo e a realidade não pode mais ser aceita. Ainda que existam linguagens absolutamente arbitrárias (artificiais), como as linguagens “computacionais” e as linguagens artísticas, todas as linguagens decorrentes da linguagem natural, ainda que artificializada (como ocorre, em muitos casos, com o Direito), são construídas através da intersubjetividade, isto é, da comunicação entre os indivíduos que compõem uma sociedade, ainda que haja um certo grau de discricionariedade (e não arbitrariedade) do emissor da mensagem.

Mesmo nos modelos-conceito, onde o emissor da mensagem impõe os elementos característicos, o significado e a significação do signo, não há como se falar numa discricionariedade absoluta, pois isto redundaria numa hipótese absurda, que tornaria a comunicação impossível.

Porém, nos modelos-tipo, em razão da fluidez de suas características, existe um certo grau de mimetismo. Isso se deve em razão da maior “liberdade” intersubjetiva ofertada aos sujeitos da comunicação, nessas hipóteses, que possuem um grande leque de possibilidades de associações típicas, inclusive através da criação de formas mistas ou híbridas.

O tema é dos mais complexos, mesmo para a Linguística, e mereceria um estudo monográfico, contudo, para a finalidade desta obra, cabe apenas discorrer de maneira didática sobre o tema.

²⁴³ Vide: LIMA, Luiz Costa. Social representation and mimesis. *Crossroads: na interdisciplinary journal for the study of history, philosophy, religion and classics – volume II*. Virginia: University of Virginia Press, 2008.

Karl Larenz, ao estudar, na sua obra sobre metodologia jurídica, as “séries de tipos”, constatou que os tipos, em razão da variabilidade dos seus elementos, podem se transformar uns nos outros.²⁴⁴ É isso que se consubstancia no caráter mimético dos tipos: as características dos modelos-tipo são tão fluídas, “abertas”, que eles se confundem, não podendo se determinar se estamos diante de um ou de outro modelo.

No Direito Penal, assim como nos demais ramos punitivos, só podemos admitir a natureza mimética dos modelos-tipo para fins didáticos, pois evidentemente violam o princípio da legalidade e a consequente segurança jurídica. Contudo, nos ramos não punitivos, como o Direito Civil ou o Direito Empresarial, a mimese é recorrente, especialmente nas formas mistas, híbridas, criadas a partir da junção de diversos tipos (v.g., contrato de arrendamento mercantil, que possui características de locação e de venda e compra).

1.2.4. As diversas acepções do “tipo” no Direito

A Ciência Jurídica é, em razão da sua natureza linguística, uma ciência tipológica e conceitual. O Direito, nos seus mais diversos ramos, é construído através de associações típicas e conceituais, havendo em alguns ramos específicos, predominância de uma ou de outra.

Isso se deve ao efeito perlocucionário da mensagem legislativa, isto é, à função comunicativa da norma, que é a de influenciar ou modificar os comportamentos humanos.

Podemos verificar três acepções do “tipo” no Direito: na metodologia jurídica, onde o “tipo” se confunde com o modo de pensar tipificante; nos ramos não punitivos do Direito, onde o signo “tipo” é empregado em seu sentido metodologicamente correto, de

²⁴⁴ “Esta assenta em que os tipos, precisamente por causa da variabilidade dos seus elementos, podem transformar-se uns aos outros, de tal modo que alguns elementos desaparecem totalmente, outros novos surgem ou passam a primeiro plano, sendo a transição entre os tipos, uma vez mais, ‘fluida’”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 669).

modelo-tipo; e nos ramos punitivos, como no Direito Penal e no Direito Tributário, onde os “tipos” são empregados no sentido de *Tatbestand*, isto é, de modelos-conceito que se consubstanciam no enunciado da hipótese de incidência da norma primária.²⁴⁵

1.2.4.1. “Tipo” como metodologia jurídica: o modo de pensar tipificante

Na metodologia jurídica, o “tipo” pode ser visto como o modo de pensar tipificante.²⁴⁶ É o oposto do modo de pensar classificatório; no modo de pensar classificatório, as associações entre os signos e os enunciados são feitas de maneira rígida, através de características necessárias, irrenunciáveis, numa verdadeira inclusão de classe, já no modo de pensar tipificante, as associações são feitas de maneira flexível, através de características renunciáveis, através de uma verdadeira gradação, não de uma inclusão.

No modo de pensar tipificante criam-se modelos-tipo, flexíveis. Ainda que, na atualidade, os modelos conceituais ganhem cada vez mais relevância, especialmente em razão da necessária segurança jurídica, os modelos-tipo ainda são a regra no Direito, especialmente nos ramos não punitivos.

O modo de pensar tipificante também se faz muito presente na jurisprudência. Enquanto os rigores científicos da doutrina fazem com que se construam conceitos, na jurisprudência, fortemente ligada à prática jurídica, à aplicação da norma, predomina o modo de pensar tipificante.

Para permitir a aplicação da norma jurídica de maneira eficiente a um crescente número de casos concretos, a jurisprudência constrói modelos-tipo, como as súmulas e as súmulas vinculantes, que “facilitam” a aplicação do Direito. Assim, diante de inúmeros casos concretos semelhantes, o órgão julgador constrói um protótipo, um modelo construído apenas com as características essenciais do objeto, que servirá como paradigma para as incidências futuras da norma.

²⁴⁵ Sobre a tipicidade no Direito Tributário, vide: FERNANDES, Rodrigo de Andrade Magalhães. *Tipicidade tributária*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

²⁴⁶ Sobre o tema, vide: DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 50 e ss.; DERZI, Misabel Abreu Machado. Tipicidade no Direito Tributário. In: TORRES, Ricardo; *et alii*. (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 1318 e ss.

Em muitos ramos do Direito, estes protótipos são celebrados como uma solução para o abarrotado Poder Judiciário brasileiro. No Direito Penal, contudo, o modo de pensar tipificante da jurisprudência se mostra insustentável em razão da flagrante violação do princípio da legalidade, como se demonstrará.²⁴⁷

1.2.4.2. “Tipo” como modelo-tipo

Enquanto nos ramos punitivos, os enunciados legislativos são eminentemente conceituais, ainda que exista um resquício “típico”, nos demais ramos do Direito predominam os enunciados de natureza tipológica.

Nos enunciados tipológicos, a intersubjetividade da comunicação se apresenta antes das imposições jurídicas, que surgem apenas num segundo momento, numa tentativa de melhor regular situações que já acontecem e que são consideradas juridicamente válidas. Enquanto nos ramos punitivos, a comunicação legislativa cria o direito, e assim deve ser sob pena de violação do princípio da legalidade, nos ramos não punitivos o subsistema linguístico do Direito apenas absorve uma comunicação que foi criada no subsistema “natural”.

Isso fica muito claro, por exemplo, no Direito de Trânsito e no Direito Contratual.²⁴⁸ O Direito de Trânsito, apesar da sua atual inflação regulatória, surgiu em razão das expectativas construídas pelos motoristas, em relação ao comportamento dos outros, nos primórdios do desenvolvimento do automóvel. Muito antes de qualquer regulação por parte do Estado, já existiam algumas normas de comportamento esperadas²⁴⁹ (v.g., que ao chegar numa esquina, o motorista deveria parar o veículo ou diminuir a marcha), que, após algum tempo, foram efetivamente positivadas.

²⁴⁷ Sobre o tema, *vide* abaixo o item “1.2.5.3. ‘Tipo jurisprudencial: a intrincada questão dos enunciados jurisprudenciais e a ‘praticidade’ no Direito”.

²⁴⁸ Os dois exemplos são muito bem trabalhados por Karl Larenz (*Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 660 e ss.).

²⁴⁹ Karl Larenz denomina este fenômeno de “tipos médios ou tipo de frequência desempenhada” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 661).

Outro exemplo é o do Direito dos Contratos. Ainda que, no Direito Civil, existam algumas disciplinas notadamente conceituais, como o Direito das Coisas, por exemplo, o Direito dos Contratos, mesmo com relação aos contratos típicos, apresenta uma natureza notadamente tipológica. Quase todas as espécies de contratos existentes surgiram através do desenvolvimento das comunicações civis e comerciais para, em seguida, serem tipificados pela lei. Ainda que muitos contratos encontrem respaldo legal na atualidade, em razão da ideia de segurança jurídica, que é muito cara na sociedade atual, os contratos atípicos continuam a ter grande relevância.

Esses contratos se consubstanciam em associações típicas complexas (nas palavras de Karl Larenz, “série de tipos”), onde a prática comunicativa, a partir de modelos preexistentes, constrói um modelo híbrido, misto. É por isto que o costume é tão importante para alguns ramos do Direito, como por exemplo o Direito Civil e o Direito Comercial, pois é através deste fenômeno que se constroem estes modelos híbridos, ou até mesmo novos modelos que, só depois de muito tempo, serão regulados por uma norma jurídica.

1.2.4.3. “Tipo” como modelo-conceito

Nos ramos punitivos, é o direito positivo que cria a comunicação. Nesse sentido, antes da positivação, a conduta, mesmo que seja socialmente danosa, é juridicamente irrelevante, isto é, não é possível que incida sobre ela nenhuma norma jurídica sancionatória, em razão do princípio da legalidade. Contudo, a partir do momento em que a norma cria a comunicação, determinando certo comportamento, a conduta poderá ser eventualmente punida.

É por isto que estes ramos não admitem o costume como meio de criar a sanção, ainda que possam existir “costumes” que as afastem, como, por exemplo, a adequação social da conduta.²⁵⁰ Caso se admitisse o costume, seria possível a criação de tipos

²⁵⁰ É bastante discutível se o fenômeno da adequação social da conduta seria ou não um costume, e nós não pretendemos adentrar no tema neste trabalho. Aqui o fenômeno é utilizado apenas como um exemplo ilustrativo.

híbridos, intermediários, entre um crime e outro, ou entre tributo e outro, o que se consubstanciaria numa verdadeira afronta ao princípio da legalidade.

Os enunciados dos ramos sancionatórios do Direito, ainda que denominados de “tipo”, são eminentemente conceituais (modelo-conceito ou funções proposicionais).²⁵¹ Mesmo que se admita a existência de determinados elementos de natureza típica (modelo-tipo), como por exemplo aquilo que a doutrina denomina de “elemento normativo cultural do tipo”, no tipo penal, o enunciado possui nitidamente a característica de um conceito.

Isso fica muito evidente nos ramos em que o Estado atua de maneira mais forte em desfavor do cidadão, que são o Direito Penal e o Direito Tributário. Porém, outros ramos do Direito também se utilizam dos modelos conceituais, como o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Eleitoral.

Nestes ramos, apesar do tema ainda ser muito pouco trabalhado, se mostra evidente que os enunciados têm natureza conceitual. Veja-se o exemplo das diversas hipóteses de condutas vedadas pela Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/97) que, apesar de trazerem, em sua maioria, sanções leves, podem acarretar a inelegibilidade do candidato, nos termos da Lei Complementar n.º 65/90.

Nessa medida, cabe destacar que a natureza do enunciado (se típico ou conceitual), não está atrelada à natureza da sanção jurídica. Assim, mesmo que a sanção seja considerada leve (v.g., advertência), estaremos diante de um modelo-conceito quando este possuir características necessárias e irrenunciáveis, que é o que ocorre nos ramos sancionatórios do Direito.

1.2.5. “Tipo” no Direito Penal

No Direito Penal, muito mais que em qualquer outro ramo do Direito, o estudo do tipo tem especial relevância. A tipicidade é o primeiro elemento do conceito analítico de

²⁵¹ “O termo ‘tipo’ pode ser entendido, também, como descrição estrita de uma conduta, precisa, segura e que forma o ‘Tatbestand’, cuja finalidade é a da segurança jurídica, indispensável às áreas restritivas ou punitivas do Direito, como a da imposição tributária e a da incriminação”. (GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José Faria da; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 152).

crime e se consubstancia no mais elementar dos meios de proteção dos cidadãos contra a arbitrariedade punitiva do Estado, sendo a essência do princípio da legalidade penal.²⁵²

Contudo, apesar das necessárias preocupações com os aspectos objetivo, subjetivo e normativo do tipo penal, muito pouco se indagou sobre a própria natureza do tipo. A doutrina costuma conceituar o “tipo” como um conceito determinado e fechado²⁵³, indo na contramão daquilo que dispõe a metodologia jurídica e as outras ciências.

Não se trata de um equívoco, mas de uma falta de precisão semântica e metodológica. Os enunciados conceituais que compõem a hipótese da norma de conduta da norma penal possuem, muitas vezes, elementos que podem ser considerados modelos-tipo, como, por exemplo, os “elementos normativos culturais”. Além disso, o crime, considerado como um fenômeno ontológico é um modelo-tipo.

Essa constatação não desnatura o fato de que o enunciado, a hipótese da norma, é eminentemente conceitual, pois seus elementos são irrenunciáveis, contudo, se pensarmos na *práxis* de um crime, nos elementos probatórios que o compõem, veremos que se trata de um tipo.

Assim, em que pese o fato da denominação do elemento analítico do crime como “tipo” ser imprecisa, sendo mais correta a expressão “enunciado da hipótese de incidência da norma primária”, ou mesmo de “conceito”, termos metodologicamente mais corretos, não se trata propriamente de um equívoco, senão de uma imprecisão.

Além disso, ainda que o enunciado tenha natureza de um modelo-conceito, existem fenômenos que têm natureza de modelo-tipo como, por exemplo, a culpabilidade e a autoria e participação.

²⁵² “A existência de um mecanismo ou dispositivo legal que determine ou defina a conduta que se qualifica como punível ou criminoso é uma verdadeira *necessidade jurídica* do Estado de direito, pois a essência do crime está determinada por uma decisão político-jurídica, é dizer, por uma definição legal, pois se suprimíssemos o princípio da necessidade de existência prévia da lei ao ato que se imputa, transformaríamos o juiz em legislador”. (LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *Tratado de Derecho Penal, tomo III: La tipicidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. p. 7 – tradução livre).

²⁵³ “Na verdade, os penalistas, em especial latino-americanos, denominam de tipo ao conceito determinado e fechado, forma de pensamento que cuidamos de distinguir nos Capítulos anteriores. Usam a expressão tipo no sentido não técnico e designam por tipicidade o princípio segundo o qual a norma deve descrever os delitos e os tributos, descendo a especificações que permitam ao intérprete e aplicador da lei determinar com precisão os fatos jurígenos e suas consequências. [...]”. (DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 126).

A culpabilidade entendida como medida da pena é um modelo-tipo. Se pensarmos que o enunciado da norma do art. 59 do Código Penal traz uma série de requisitos renunciáveis para que o juiz, ao aplicar a pena, pondere sobre o *quantum* da culpabilidade do agente no momento da fixação da pena-base, veremos que estamos diante de um verdadeiro modelo-tipo.

Como a pena possui um grau mínimo e um grau máximo, que não podem ser ultrapassados, o juiz pode, avaliando alguns ou mesmo todos daqueles requisitos, diminuir ou aumentar a pena que será imposta ao réu. É um juízo de gradação, não de classificação.

Outro fenômeno que é um modelo-tipo é o do concurso de pessoas. A ideia de tipo, no concurso de pessoas é muito clara, pois existe um grau mínimo, que é a conduta atípica, um grau máximo, que é a autoria, e um grau intermediário, que é a participação. São gradações de um mesmo fenômeno.

O estudo das ações neutras²⁵⁴ reforça o caráter tipológico do concurso de pessoas. Ainda que se possa distinguir com clareza aquilo que é autoria (limite máximo), como bem destaca João Daniel Rassi²⁵⁵, o problema das ações neutras está em distinguir entre aquilo que é participação (grau mínimo) e aquilo que é penalmente indiferente (grau zero).

A imprecisão e renunciabilidade dos elementos que compõem os modelos-tipo de autoria e de participação faz com que surja este tipo de problema, criando uma situação nebulosa, juridicamente insegura, que permite um certo arbítrio no momento da aplicação do Direito.

É por isso, ainda, que os enunciados (“tipos”) no Direito Penal devem sempre ser vistos como modelos-conceito, ainda que possuam, eventualmente, um ou outro signo como natureza de modelo-tipo, pois, se lhes deferíssemos um caráter tipológico, renunciaríamos ao princípio da legalidade penal.

1.2.5.1. *Typus e Tatbestand*

²⁵⁴ Sobre o tema das ações neutras, cf.: GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal Brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, 2012.

²⁵⁵ RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal Brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, 2012. p. 68 e ss.

Alguns estudiosos do tipo e da tipicidade afirmam que a confusão metodológica existente entre “tipo” e “conceito” se deve a uma tradução errada do termo alemão *Tatbestand*. Com essa afirmação não concordamos, conforme já expusemos, já que não é possível se falar em equívoco na tradução, pois ela é condicionada pela intenção com que o signo linguístico é empregado pelo autor em sua língua materna e pelo repertório linguístico do tradutor.

Quando o termo foi vertido do alemão para o espanhol, e depois para o português, não se havia desenvolvido uma teoria das normas fundadas na Filosofia Analítica e, isto não permitiu ao intérprete construir o sentido que, na atualidade parece melhor, que é o de enunciado da hipótese de incidência da norma.

Contudo, cumpre-nos estudar as acepções do termo *Typus* e como ele se diferencia do termo *Tatbestand*, legitimando nossa construção teórica.

Typus é entendido como “as várias coisas ou seres vivos agrupados em torno de uma forma fundamental [*Grundform*] ou forma comum [*Urgestalt*], a inteira forma da coisa ou pessoa através daquelas características que lhe são essenciais (genótipo, fenótipo)”.²⁵⁶

Assim, observa-se que, na língua alemã, o termo tem os mesmos significados do português: as associações realizadas em torno de um protótipo ou a redução da coisa ou da pessoa a seus elementos essenciais.

Já o termo *Tatbestand* é empregado, na língua alemã, em duas acepções diversas, uma para a Teoria Geral do Direito, e outra para o Direito Penal.²⁵⁷ Para a Teoria Geral do Direito é “a situação de fato que incide na hipótese de conduta, sendo diferente da posterior incidência da norma jurídica”²⁵⁸, “a soma dos pressupostos necessários para uma consequência jurídica. O *Tatbestand* é um elemento regular da norma jurídica”.²⁵⁹

²⁵⁶ HOFFMEISTER, Johannes. *Wörterbuch des philosophischen Begriffe*. 2ª ed. Hamburgo: Felix Meiner, 1955. p. 623. (Tradução livre).

²⁵⁷ Nesse sentido: CREIFELDS, Carl; WEBER, Klaus. *Rechtswörterbuch*. 21ª ed. Munique: Beck, 2014. p. 1240; KÖBLER, Gerhard. *Juristisches Wörterbuch*. 10ª ed. Munique: Verlag Vahlen, 2001. p. 473.

²⁵⁸ CREIFELDS, Carl; WEBER, Klaus. *Rechtswörterbuch*. 21ª ed. Munique: Beck, 2014. p. 1246. (Tradução livre).

²⁵⁹ KÖBLER, Gerhard. *Juristisches Wörterbuch*. 10ª ed. Munique: Verlag Vahlen, 2001. p. 473. (Tradução livre).

Já para o Direito Penal, o termo, sinônimo de *Strafttat* (crime), é entendido como “o fato típico [*tatbestandsmäßige*]²⁶⁰, ilícito e culpável, ao qual a lei atribui uma ameaça de pena criminal”²⁶¹, é a “conduta punida com uma pena criminal”.²⁶²

1.2.5.2. “Tipo legal”

A doutrina conceitua tipo legal como a “descrição do conjunto dos requisitos linguísticos, literais ou gramaticais fundamentadores de uma determinada forma de ofensa ao bem jurídico”.²⁶³ Apesar de correta, a definição é imprecisa. O “tipo legal”, sinônimo de “tipo penal”, é o enunciado (modelo linguístico) da hipótese da norma de conduta da norma penal.

Apesar de ser denominado de “tipo”, o enunciado é um modelo-conceito, pois seus elementos são irrenunciáveis. Contudo, é possível a existência de modelos-tipo propriamente ditos no interior deste enunciado conceitual, como se verá ao estudarmos o “tipo” como um enunciado composto de conceitos e tipos.

Esse enunciado, em conjunto com a ilicitude, forma a hipótese de incidência da norma primária da norma penal. A doutrina, ainda que sem construir uma teoria da norma penal, chega a esta mesma conclusão através da ideia de “tipo de injusto” ou “tipo total de injusto”.²⁶⁴

1.2.5.3. “Tipo de injusto”

²⁶⁰ É a qualidade do *Tatbestand*, que, para o português, pode ser traduzida por tipicidade, ainda que este termo não possua rigores metodológicos.

²⁶¹ CREIFELDS, Carl; WEBER, Klaus. *Rechtswörterbuch*. 21ª ed. Munique: Beck, 2014. p. 1213. (Tradução livre).

²⁶² KÖBLER, Gerhard. *Juristisches Wörterbuch*. 10ª ed. Munique: Verlag Vahlen, 2001. p. 473. (Tradução livre).

²⁶³ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 228.

²⁶⁴ Sobre o tema, vide: LOPES, Luciano Santos. *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2010.

O tipo de injusto (*Unrechtstatbestand*), também denominado de tipo total (*Gesamtstatbestand*), é o instituto que reúne “tipo penal e ilicitude, dentro da estrutura do delito”.²⁶⁵ Com efeito, nessa teoria da relação entre tipicidade e ilicitude, que denominamos de teoria da identidade²⁶⁶, os dois institutos são reunidos em um só fenômeno. Como se verá, em algumas concepções, dando-se prevalência ao tipo penal, em outras, à ilicitude.

Como bem anota Claus Roxin, “essas concepções advogam que o tipo e a ilicitude devem estar sistematicamente juntos, que, nesse aspecto, devem ser igualados sob o manto da ilicitude de um ‘tipo total de injusto’”.²⁶⁷

Em suma, o tipo de injusto é o conjunto sistemático da tipicidade (ou do tipo, como preferem alguns) e da ilicitude. O tema será por nós retomado ao estudarmos a relação entre tipicidade e ilicitude.

1.2.5.4. “Tipo jurisprudencial”: a intrincada questão dos enunciados jurisprudenciais como modelos-tipo e a “praticidade” no Direito Penal

Questão muito mais tormentosa diz respeito ao “tipo jurisprudencial”, isto é, aos modelos criados através da reiterada prestação jurisdicional. Com o advento das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal que, além do caráter geral e abstrato, comum a todas as súmulas, são de cumprimento obrigatório pelos demais órgãos do Poder Judiciário, a questão tornou-se ainda mais complexa.

Em razão de uma necessidade de aplicar a norma jurídica a milhares, talvez milhões de casos concretos semelhantes de forma economicamente viável e eficiente, a jurisprudência extrai os elementos essenciais de determinado grupo de casos concretos, criando um modelo-tipo, um protótipo, ao redor do qual serão associados os casos

²⁶⁵ LOPES, Luciano Santos. *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2010. p. 19.

²⁶⁶ Vide item “3.1.3. Modelo de identidade entre tipicidade e ilicitude”.

²⁶⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 290. (Tradução livre).

concretos posteriores.²⁶⁸ Nessa medida, cria-se um modelo (a partir de um caso concreto) que permite ao julgador dispensar as peculiaridades de outros casos concretos (futuros), em prol de uma eficiência estatística e da uniformidade na aplicação da norma²⁶⁹

Os enunciados jurisprudenciais, ao contrário dos tipos penais, de natureza conceitual, são essencialmente modelos-tipo.²⁷⁰ Isto se deve ao fato de que, ainda que exista certa precisão linguística, os enunciados jurisprudenciais, especialmente as súmulas, são construídas de maneira linguisticamente “aberta” para que possam incidir no maior número de casos possível, “facilitando” a aplicação do direito.²⁷¹

Ainda que em outros ramos do Direito se possa admitir a existência dessa sorte “precedentes”²⁷², por mais criticáveis que sejam, no Direito Penal, em razão do princípio da legalidade, não é possível que se admita a existência de um modelo jurisprudencial que crie ou que ocasione uma mutação linguística na mensagem legislativa da norma penal.

Contudo, na prática, existem muitas situações em que a jurisprudência cria a imputação penal, como foi alertado por Vicente Greco Filho, no ano de 1993, ao discorrer

²⁶⁸ No Direito Tributário, este fenômeno é denominado pela doutrina de “princípio da praticidade”. (DERZI, Misabel Abreu Machado. Princípio da praticidade. In: TORRES, Ricardo; *et alii.* (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 975 e ss).

²⁶⁹ Como discorre PETER HELLWIG, as leis tributárias (e isso vale para as penais, ainda que em menor quantidade) são aplicadas em massa, a uma pluralidade de situações de fato, que só ligeiramente divergem entre si, considerando-se como incidentes na norma certas condutas padronizadas, deixando-se de lado a consideração, a rigor obrigatória, de todas as circunstâncias do caso concreto, o que se faz para manter a uniformidade na aplicação da lei”. (GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José Faria da; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 153).

²⁷⁰ “[...]. Esse modo de pensar é dito tipificante, porque, em um trabalho precedente do aplicador da lei, são extraídas as características comuns à maior parte de uma multiplicidade de fenômenos, em tese passíveis de enquadramento na norma e é formado o tipo (abstração-tipo), esquema ou padrão. Muitas vezes, a Administração (ou a jurisprudência) é dirigida pelo primeiro caso – *Leitfall* – que passa a figurar como *cliché*, na pressuposição de que representa o caso norma, comum ou padrão”. (DERZI, Misabel Abreu Machado. Princípio da praticidade. In: TORRES, Ricardo; *et alii.* (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 977).

²⁷¹ “Ora, na medida em que a súmula é feita para resolver casos futuros – e nisso reside um equívoco hermenêutico de fundamental importância, em uma simples comparação com os precedentes norteamericanos –, transformando *hard cases* em (futuros) *easy cases* (parece ser essa sua função maior), a tarefa do intérprete estará ‘facilitada’: de um lado, decidir-se-ão casos dedutivamente; de outro, será possível decidir milhares de processos de uma só vez. *Em ambas as hipóteses, soçobra a situação concreta*”. (STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 143 – *grifos no original*).

²⁷² Dizemos “precedentes” porque as súmulas, mesmo as vinculantes, ao contrário daquilo que afirma grande parte da doutrina, não são sinônimos de “precedentes judiciais”, instituto típico do *Common Law*. (Nesse sentido, *vide*: STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014).

sobre os crimes de trânsito, elenca uma série de tipos jurisprudenciais relacionados aos crimes de trânsito.²⁷³

Com efeito, a partir do estudo dos acórdãos do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (TACrim)²⁷⁴, chegou-se a um extenso rol de condutas que denotam culpa, que excluem a culpa e que não excluem a culpa:

Condutas consideradas culposas (segundo os acórdãos transcritos): 1 – fazer ultrapassagem na contramão, chocando-se com o veículo que trafegava regularmente em sentido contrário; 2 – imprimir velocidade incompatível em frente à escola de ampla visibilidade, mesmo se a criança atravessou inapropriadamente a pista; 3- dirigir veículo automotor, estando sonolento; 4 – desobedecer o sinal de “Pare”, não suprimindo a infração a “paradinha” antes do cruzamento; 5 – dirigir com pneus lisos; 6 – ingressar repentinamente na corrente de tráfego; 7 – manobrar de marcha a ré sem as devidas cautelas; 8 – conduzir em velocidade incompatível em pista molhada com sinal de advertência; 9 – dirigir ônibus com porta aberta; 10 – transportar pessoa em local do veículo sabidamente inadequado; 11 – deixar o veículo avariado sob a pista da rodovia, à noite, sem sinalização; [...]. [São vinte e seis as hipóteses descritas pelo autor].

Condutas não consideradas culposas (segundo os acórdãos transcritos): 1 – manobra em marcha a ré realizada com caminhão com auxiliar que deveria indicar pessoa em área não visível; 2 – ocorrer defeito mecânico razoavelmente fundamentado; 3 – dirigir sem habilitação; 4 – participar de acidente com culpa exclusiva da vítima; 5 – inobservar, simplesmente, preceito regulamentar.

Circunstâncias que não excluem a culpa (segundo os acórdãos transcritos): 1 – embaçamento momentâneo do para-brisa; 2 – culpa da vítima, quando não for exclusiva, ainda que maior; 3 – ofuscamento de faróis em sentido contrário; 4 – má conservação das ruas ou estradas; 5 – sinais de sete em desobediência da preferência de terceiros; [...]. [São dez as hipóteses descritas pelo autor].²⁷⁵

Esses modelos, além de violarem o princípio da legalidade²⁷⁶, trazem uma nefasta consequência processual prática: a inversão do ônus da prova. Milita-se um modelo jurisprudencial em desfavor de um indivíduo que praticou determinada conduta, a despeito

²⁷³ GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

²⁷⁴ Os tribunais de alçada foram extintos pela Emenda Constitucional n.º 45/04. Anteriormente à esta emenda à Constituição Federal, além do Tribunal de Alçada Criminal (TACrim), que era competente para o julgamento de algumas infrações penais, existia, no Estado de São Paulo, o Tribunal de Alçada Cível (TACiv), ambos pertencentes ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

²⁷⁵ GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 209. [Comentários nossos].

²⁷⁶ “De acordo com o princípio da legalidade criminal, a lei é entendida como a única fonte imediata, vinculante e cogente admitida no direito penal, não admitindo a Constituição Federal que a doutrina, a jurisprudência (no caso, a súmula vinculante) ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo”. (TEBET, Diogo. *Súmula vinculante em matéria criminal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2010. p. 225).

de todas as garantias processuais penais, na práxis jurídica, é ele que tem que provar a não incidência à espécie.

Isso significa que, se há a orientação jurisprudencial no sentido de que o indivíduo que conduz veículo automotor embriagado pratica homicídio doloso, como, aliás, parece ser a orientação atual dos nossos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal²⁷⁷, caberá ao autor do fato comprovar que não estava embriagado ou que não teve dolo na sua conduta.

Tal fenômeno se consubstancia num verdadeiro absurdo, numa violação das regras mais elementares do Estado Democrático de Direito, não só pela ruptura do princípio da legalidade penal, mas também do princípio acusatório, militando em favor do órgão de acusação e permitindo (pasmem) que a norma incida num primeiro momento, *a priori*, independentemente de qualquer prova, para apenas *a posteriori*, caso se comprove a ocorrência de um elemento modificado, extintivo ou impeditivo, afaste-se sua incidência.²⁷⁸

O tema será melhor debatido na terceira parte deste trabalho, ao estudarmos a hermenêutica jurisprudencial.

²⁷⁷ EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - O órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes contra a vida e, portanto, apreciar as questões atinentes ao elemento subjetivo da conduta do agente aqui suscitadas – o Tribunal do Júri - concluiu pela prática do crime de homicídio com dolo eventual, de modo que não cabe a este Tribunal, na via estreita do habeas corpus, decidir de modo diverso. II - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que o pleito de desclassificação de crime não tem lugar na estreita via do habeas corpus por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa. Precedentes. III – Não tem aplicação o precedente invocado pela defesa, qual seja, o HC 107.801/SP, por se tratar de situação diversa da ora apreciada. Naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. No caso sob exame, o paciente foi condenado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, e, ainda, por estar sob influência do álcool, circunstância apta a demonstrar que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual. IV - Habeas Corpus denegado. (STF. HC 115352/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 2ª Tuma. J. 16/04/2013).

²⁷⁸ A criação dos tipos jurisprudenciais faz com que ocorra um fenômeno muito parecido com aquele que ocorre no Direito Processual Civil, onde o réu tem de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, nos termos do enunciado da norma do art. 326 do Código de Processo Civil. Contudo, a criação, ainda que prática, de uma inversão do ônus da prova que milita em desfavor do réu, no Direito Processual Penal, viola os preceitos mais elementares do Estado Democrático de Direito.

1.3. CONCEITO

O conceito (modelo-conceito) é uma associação linguística fundamentada em características necessárias e irrenunciáveis, rígidas, submetida à lógica modal, e consequentemente à lei do terceiro excluído. No modelo-conceito se faz uma verdadeira inclusão de classe, pois ou o elemento pertence à classe ou não, não sendo possível se falar em elementos intermediários, que são observados nos modelos-tipo.

A necessidade e irrenunciabilidade das características dos modelos-conceito faz com que sejam considerados elementos linguísticos “rígidos”, “fechados”, em contraposição aos modelos-tipo, que seriam “abertos”. Não é correto afirmar-se isto, pois a língua sempre possui algum grau de abertura, inclusive em razão da variação e da mutação linguística, contudo, é certo que os modelos-conceito se diferenciam dos modelos-tipo em razão da necessidade e irrenunciabilidade de suas características.

Nos modelos-tipo, cria-se um protótipo (um elemento com as características linguísticas essenciais, porém renunciáveis) e, a partir dele, constroem-se as associações com fundamento na teoria dos protótipos, que se aproxima de uma gradação (um determinado elemento linguístico pode se aproximar mais ou menos de um protótipo). Nos modelos-conceito, diferentemente, não se cria um “protoconceito”, mas um conceito, denominado na lógica de “função proposicional”²⁷⁹, que é o conjunto das características necessárias e irrenunciáveis para que um elemento linguístico externo seja incluído naquela classe. A partir deste conceito, as associações são realizadas com fundamento na inclusão de classes, assim, um determinado elemento pode ou não ser incluído em determinado conceito, conforme possua ou não as características irrenunciáveis.

O modelo conceitual ganhou, nas últimas décadas, grande relevância no Direito. Apesar de nos ramos ditos “privados” ainda predominarem os tipos, nos ramos punitivos predominam, em larga escala, os conceitos, ainda que denominados impropriamente de “tipos”.

²⁷⁹ “Toda classe, ou conjunto (como chamamos na vida cotidiana), é delimitada por uma função proposicional. Uma classe x tem por elementos todos os objetos que satisfaçam sua função e somente eles ‘ $f(x)$ ’. Nestes termos, dá-se o nome de função proposicional aos parâmetros que definem a classe, ela é determinada por: (i) uma variável de sujeito; e (ii) uma predicação (x), que dá nome e delimita o conceito da classe, fazendo com que alguns elementos a ela pertençam, outros não.” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 323).

A partir dessa constatação, fica claro outra diferença dos conceitos e tipos: a comunicativa ou intersubjetiva. As associações típicas (modelos-tipo) são construídas através dos processos comunicativos regulares ocorridos na sociedade (intersubjetividade), através da criação de formas mistas ou de novos tipos; já os conceitos, em sua maioria, são construídos de forma artificial, impostos pelo legislador, no caso do Direito, como forma de criar ou modificar determinados comportamentos.

Um dos exemplos mais interessantes de conceito é o modelo jurídico do empresário. O antigo Código Comercial adotava a denominada “teoria dos atos de comércio”, que colocava como comerciante todo aquele que praticava a circulação de bens ou serviços, contudo, tal teoria não atendia mais às necessidades modernas e a doutrina, especialmente a italiana, desenvolveu a chama “teoria da empresa”. Contudo, por se tratar de um modelo-conceito, por mais que a teoria fosse mais adequada às práticas comerciais modernas, somente começou a ser adotada com a inovação legislativa trazida pela promulgação do Código Civil.

Atualmente, o conceito de empresário é disciplinado pelo enunciado da norma do art. 966 do Código Civil, que dispõe que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”. O dispositivo elenca uma série de elementos, necessários e irrenunciáveis, que fazem parte do modelo jurídico empresário: a) profissionalismo; b) exercício de atividade econômica; c) organização e produção ou circulação de bens ou serviços. Apesar de o conceito admitir número infindável de variações (v.g., empresário individual ou pessoa jurídica; empresário regular, irregular ou de fato; empresário que lucra e que tem prejuízo, etc.), suas características são sempre necessárias e irrenunciáveis.

É empresário o indivíduo que, mesmo de fato (que nem sequer possui contrato social ou estatuto), exerce comércio organizado, no qual circulam bens, por estarem preenchidas todas as características do conceito; em sentido diverso, não se pode considerar como empresário, por exemplo, aquele que, desejando trocar seu veículo, o vende, pois, nesta hipótese, faltará o requisito “profissionalismo”, ou a Organização Não Governamental que habitualmente vende doces caseiros para obter receita e investir em programas sociais, por lhe faltar o requisito “atividade econômica” (pois a atividade da ONG não tem fins lucrativos).

Apesar de utilizarmos um exemplo de Direito Empresarial para ilustrar nossa hipótese, é nos ramos punitivos que os conceitos têm maior relevância. Em razão da adoção do princípio da legalidade, alguns ramos do Direito, como o Direito Penal e o Direito Tributário, utilizam-se exclusivamente de conceitos para disciplinar a punição e a tributação, respectivamente.

O Direito Penal será objeto de estudo no item próprio, porém, aqui, cabe traçar algumas considerações sobre o Direito Tributário, também a título de exemplo da nossa hipótese.

Os tributos constituem uma das formas mais graves de intervenção do Estado na renda e na propriedade privada. Em razão das arbitrariedades cometidas pelo Estado em épocas passadas, com a cobrança desmedida de tributos (v.g., a derrama, que deu causa à Inconfidência Mineira) criou-se, muito recentemente, a ideia de legalidade tributária, atualmente disciplinada pelo enunciado da norma do art. 150, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil. Conforme este princípio, o legislador deve “estabelecer tudo quanto seja necessária à existência da relação obrigacional tributária”²⁸⁰

O legislador deve construir o modelo-conceito do tributo, que se consubstanciará no enunciado da hipótese de incidência da norma primária da norma tributária, que pode ou não ser acrescida de outros elementos (como ocorre com a ilicitude no Direito Penal, que se correlaciona com o enunciado do “tipo”). Sem o modelo, o tributo é considerado inexistente, como ocorre com o imposto de grandes fortunas que, apesar do mandamento constitucional (art. 153, inciso VIII, da Constituição Federal), jamais foi instituído.

Mais recentemente, outros ramos do Direito também têm utilizado os modelos-conceito como corolário do princípio da legalidade. É o caso do Direito Administrativo, com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), que conceituou as diversas condutas consideradas improbidade administrativa, e o Direito Eleitoral que conceitua uma série de hipóteses de inelegibilidade e de condutas vedadas aos candidatos.

1.3.1. Teoria das classes

²⁸⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 35ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros. 2014. p. 33.

Os conceitos, assim como os tipos, são categorias de associações de elementos linguísticos, isto é, são conjuntos em que se associam determinados elementos através de características que lhes são comuns. A grande diferença entre os dois modelos reside que, os modelos-tipo, em razão da dispensabilidade de suas características, são submetidos à teoria dos protótipos, explicada pela lógica difusa; já os modelos-conceito, possuidores de características irrenunciáveis, submetem-se à teoria das classes, afeita à lógica modal.

A teoria das classes (teoria dos agrupamentos conceituais, teoria do conjunto) é aquela que busca construir associações entre elementos linguísticos (signos ou enunciados) através de critérios necessários e irrenunciáveis. A partir de uma associação classificatória, constrói-se um modelo-conceito (função proposicional), o conjunto de todos os elementos necessários e irrenunciáveis para que um elemento linguístico interno possa pertencer àquela classe.

Diferentemente da teoria dos protótipos, a teoria das classes não admite elementos intermediários, podendo um elemento linguístico externo apenas pertencer ou não à classe. Sendo assim, submete-se à lei do terceiro excluído, que não admite gradações entre o verdadeiro e o falso, entre o pertence e o não pertence.²⁸¹

O conjunto dos elementos necessários e irrenunciáveis que se consubstanciam no modelo-conceito (função proposicional), dá-se o nome de conotação (ou intensão), e aos elementos que pertencem à classe, dá-se o nome de denotação (ou extensão).²⁸²

Se considerarmos a classe homem, sua conotação como mamífero da ordem dos primatas capaz de raciocínio abstrato, teremos que todos os seres humanos, independentemente do seu gênero, da sua idade ou das suas faculdades mentais são a denotação da classe homem. Mesmo que um indivíduo morra, ou mesmo que a espécie humana seja extinta, a classe homem e o seu modelo conceito continuarão existindo. Será uma classe sem nenhum elemento.

A teoria das classes é muito importante para o estudo do Direito, especialmente dos seus ramos punitivos. A norma jurídica é uma classe e, para que o elemento linguístico externo (fato da vida) corresponda a esta classe, deverão estar preenchidos todos os elementos do modelo conceito (função proposicional ou conotação).

²⁸¹ SCHNEIDER, Egon. *Logik für Juristen*. Berlin: Franz Vahlen, 1965. p. 100.

²⁸² CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 323 e ss.

No enriquecimento ilícito, espécie de improbidade administrativa disciplinada pelo enunciado da norma do art. 9º da Lei n.º 8.429/92, que dispõe, “constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei [...]”, a classe é o enriquecimento ilícito, o modelo-conceito (função proposicional) é o enunciado da norma (hipótese de incidência), e o elemento externo, que pode ou não pertencer à classe, é a conduta humana.

Assim, para que a norma possa incidir à espécie, têm de ser preenchidos todos os elementos necessários e irrenunciáveis do conceito, sem o que não se pode falar na inclusão da conduta na classe “enriquecimento ilícito”, com a consequente não incidência da norma.

O funcionário de uma empresa privada (v.g., comprador), que enriqueça de maneira ilícita em prejuízo do seu empregador, não poderá incidir na norma de improbidade administrativa, porque falta à sua conduta determinadas características necessárias e irrenunciáveis para a inclusão na classe (no caso, que o ato seja praticado contra ente da Administração Pública, direta ou indireta). Mesmo que a conduta possa incidir em outra norma (v.g., no crime de estelionato, disciplinado pelo enunciado da norma do art. 171 do Código Penal, caso estejam presentes seus elementos), não poderá incidir na do ato de improbidade.

Outra aplicação importante da teoria das classes diz respeito à relação entre duas classes distintas. As classes podem se relacionar de diversas maneiras diferentes, da mesma forma que ocorre com os signos, por nós estudados através da teoria das iterações sógnicas, na primeira parte desta obra. Ao Direito, interessa as hipóteses em que uma classe pertence à outra, isto é, quando uma classe, considerada geral, contém a outro, mas específica.

A classe dos direitos reais (classe geral) contém o penhor, a hipoteca e anticrese (classes específicas ou subclasses). Do mesmo modo, na classe do penhor (geral), existe a subclasse do penhor industrial ou mercantil (subclasse).

Essas subclasses, além dos elementos do modelo-conceito penhor, possuem elementos ditos especiais, elementos que apenas pertencem àquela subclasse. Assim, a conduta humana, caso preencha todos os requisitos, genéricos e especiais, incidirá na

subclasse, caso apenas preencha os requisitos da classe geral, incidirá apenas nesta, naquilo que, no Direito, denomina-se de princípio da especialidade.

1.3.2. O conceito no Direito Penal

O Direito Penal é um ramo essencialmente conceitual. Toda norma penal incriminadora é construída através de um modelo-conceito (função proposicional), que descreve todos os elementos necessários e irrenunciáveis para que a conduta humana pertença àquela classe (norma penal).

No crime de homicídio, a classe é a própria norma, o modelo-conceito é o enunciado da norma do art. 121 do Código Penal, “matar alguém”, e o elemento linguístico externo, que pode ou não pertencer à classe, é a conduta humana.

Aquele que, mediante um disparo de arma de fogo, mata alguém, preenche todos os requisitos do modelo-conceito da classe do homicídio, sendo possível a incidência da norma penal incriminadora, diferentemente daquele que mata um mosquito, pois, nesta hipótese, faltarão um elemento necessário e irrenunciável da classe, que é o “alguém” (leia-se, outro ser humano).²⁸³

O fato dos enunciados das normas penais serem eminentemente conceituais, classificatórios, não afasta a possibilidade de que, em alguns casos, existam elementos que se consubstanciam em verdadeiros modelos-tipo, como ocorre no caso dos “elementos normativos culturais”, conforme estudaremos no momento próprio. Mesmo que no enunciado haja um signo de natureza típica, o enunciado ainda será de natureza predominantemente conceitual.

A natureza conceitual dos “tipos penais” também se revela através da existência de crimes complexos. Os crimes complexos são aqueles que, no seu modelo-conceito, contêm outros modelos-conceito, menos abrangentes. O modelo-conceito do crime de roubo (art. 157 do Código Penal) contém os modelos-conceito do furto (art. 155), da lesão corporal

²⁸³ Não se pretende, neste trabalho, revisitar a polêmica sobre a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo, que possui defeitos graves, especialmente se estudada em confronto com a moderna Teoria das Normas.

(art. 129) e da ameaça (art. 147). É a subtração da coisa alheia móvel (furto), qualificada pela violência (lesão corporal) ou grave ameaça (ameaça).

Em face de uma conduta que se consubstancie numa subtração de coisa alheia móvel mediante violência ou grave ameaça, não incidirão as classes contidas, mas sim a classe continente (o roubo), que é mais específica. As classes contidas, nesta hipótese, são alguns (mas não todos) os critérios necessários e irrenunciáveis do modelo-conceito da classe continente.

Da mesma forma, nas hipóteses em que se aplica o princípio da consunção ou absorção²⁸⁴, o crime-fim é uma espécie mais estrita, específica, que contém a classe do crime-meio, que é apenas uma forma de praticar aquele. É o clássico exemplo do crime de estelionato (art. 171 do Código Penal), que absorve o crime fim de falsificação de documento público ou particular (arts. 297 e 298, respectivamente).

A classe do crime de estelionato, mais específica, contém a classe do crime de falsificação de documento, que é, na verdade, o meio pelo qual se pratica aquele. Assim, o agente incidirá apenas na norma do crime continente, e nunca no crime contido.

1.4. A PROXIMIDADE ENTRE A TEORIA DOS PROTÓTIPOS E A TEORIA DAS CLASSES: A DIFICULDADE DA DIFERENCIAÇÃO NÃO TEÓRICA ENTRE TIPOS E CONCEITOS – AS CHAMADAS “FORMAS MISTAS”

A dinâmica e a extensão do sistema jurídico faz com que seja muito difícil distinguir, na prática, um modelo-conceito de um modelo-tipo. Muitas vezes, a distinção decorre apenas da atribuição de significado por parte do intérprete, que considera os elementos da classificação necessários e irrenunciáveis, ou não.

²⁸⁴ “É o critério utilizado para solucionar o conflito aparente de normas, significando que um fato previsto por lei penal incriminadora, quando estiver também previsto em outra de maior amplitude, deve-se aplicar somente esta última. Cuida-se da proposta de que o crime-meio deve ser absorvido pelo crime-fim”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Dicionário jurídico: penal, processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 13).

Apesar de no Direito Penal e nos demais ramos punitivos do Direito predominarem os enunciados com natureza de modelos-conceito, ainda que não numa forma absolutamente pura, noutros ramos, ditos privados, é muitas vezes impossível se distinguir um tipo de um conceito.

Isso se deve à existência de formas mistas ou híbridas, isto é, “tipos fechados”, que se assemelham aos conceitos e “conceitos abertos” que se assemelham aos tipos.²⁸⁵

Como se afirmou em diversas passagens desta obra, é impossível falar em um rigor linguístico absoluto, pois a língua, em razão de sua dinamicidade comunicativa (a língua existe enquanto é falada) transforma-se constantemente através dos fenômenos da variação, da mutação e do contato e conflito linguístico. No Direito, além disso, existe uma indeterminação linguística calculada (*Kalkulierte Unbestimmtheit*), como por exemplo nos conceitos abertos e nas cláusulas gerais.²⁸⁶

Em que pese a indiscutível existência de formas mistas, o intérprete deve classificar o signo ou o enunciado, no momento da interpretação, como modelo-tipo ou modelo-conceito. Ainda que existam signos com natureza de modelo-tipo em enunciado de natureza de modelo-conceito, e vice-versa, o enunciado ainda será um tipo ou um conceito, conforme suas características sejam necessárias e irrenunciáveis ou não.

Aqui cumpre destacar um fenômeno que não é muito bem trabalhado por aqueles que se debruçaram sobre o tema. O modelo linguístico opera em dois níveis, no signo, mais simples, e no enunciado, mais complexo. Nos enunciados em razão de sua complexidade linguística, quase sempre coexistem signos que são modelos-tipo com outros que são modelos-conceito, sendo muito difícil a existência de uma forma “pura”.

Contudo, a existência de um signo de natureza típica num enunciado conceitual, ou a existência de um signo de natureza conceitual num enunciado típico, não desnatura a essência de forma complexa (enunciado), que será de um modelo-conceito e de um modelo-tipo. Há uma diferença de nível do discurso.

²⁸⁵ “Observa Leenen que um bom conhecedor da tipologia encontrará, à sua frente, indeterminações, imprecisões, conceitos abertos que não saberá identificar como tipos ou como conceitos abstratos”. (DERZI, DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 109).

²⁸⁶ RÜTHERS, Bernd; *et alii*. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011. p. 123.

Considerar determinado enunciado como forma mista faz com que na sua interpretação não possa ser utilizado todo o ferramental teórico construído pela teoria dos modelos linguísticos, pois, um enunciado que não é predominantemente um modelo-tipo ou um modelo-conceito, é uma forma *sui generis*, amorfa, onde as associações são construídas de forma ametódica e hermeneuticamente inválidas, pois permitem praticamente qualquer construção de sentido.

Se ao constatararmos que, mesmo nos enunciados conceituais existem alguns signos típicos, afirmássemos que aqueles possuem natureza mista, isto é, são concomitantemente tipo e conceito (tipos-conceito), engessariamos os modelos-tipo e permitiríamos que, nos modelos-conceito, fossem realizadas todas as espécies de associações, como acontece nos modelos-tipo.

1.5. O “TIPO PENAL” COMO ENUNCIADO CONCEITUAL CONSTRUÍDO ATRAVÉS DE MODELOS-CONCEITO E MODELOS-TIPO

A complexa teoria dos modelos, desenvolvida neste capítulo, tem como finalidade precípua a conclusão de que o tipo, como código da mensagem legislativa, descrição da hipótese da norma primária, é um enunciado. Isto parece óbvio se considerarmos que o direito é linguagem, que a linguagem pressupõe a comunicação, e que a comunicação ocorre através de enunciados.

Porém, a doutrina preocupa-se em discutir outros temas, muito relevantes, diga-se, mas omite com relação ao estudo da linguística aplicada ao Direito Penal, relegando-a a Teoria Geral do Direito. Com isso, o tipo é usualmente estudado como a descrição linguística do crime, e nada mais. Não se avança além de uma constatação óbvia.

Agora, com o estudo da teoria dos modelos dentro de uma perspectiva linguístico-estruturante, podemos discutir com muito mais precisão o fenômeno linguístico “tipo”, primeiro observando que é um enunciado e, em seguida, constatararmos que é um enunciado de natureza predominantemente conceitual.

Como dissemos, os enunciados são modelos linguísticos tão complexos que, na maioria das vezes, não é possível se afirmar com clareza se são modelos-conceito ou

modelos-tipo “puros”. Ainda que hipoteticamente possa se pensar numa forma pura, não é isto que acontece na prática. Mesmo nos ramos punitivos, como o Direito Penal, onde a legalidade tem grande importância, os enunciados são compostos, muitas vezes, de signos com natureza de modelo-tipo.

Veja-se o exemplo do crime contido no enunciado da norma do art. 121 do Código Penal (homicídio): “matar alguém”. Este enunciado é modelo-conceito na sua forma mais elementar, pois o homicídio é a morte de alguém provocada por outra pessoa, e isto é indiscutível. Contudo, este enunciado é composto de dois signos, “matar” e “alguém”.

A primeira vista, tanto o “matar” quanto o “alguém” podem ser considerados modelos-conceito, pois não admitiriam gradações, isto é, não admitiriam elementos intermediários. Isso fica mais evidente quando observamos que a Lei dos Transplantes (Lei n.º 9.434/97) regulamenta o que seria a “morte cerebral” de um indivíduo, sendo este o modelo-conceito mais adequado na atualidade, segundo a doutrina.²⁸⁷

Contudo, existe tanto debate no campo da Bioética sobre esses dois elementos linguísticos, sobre o que seria “matar” e o que seria “alguém” que eles se aproximam de modelos-tipo.²⁸⁸ Discute-se se eutanásia²⁸⁹ e ortotanásia²⁹⁰ seriam formas de “matar”, se o embrião humano ou o feto são “alguém” etc.

Isso evidencia que, por mais que o Direito possa construir um modelo-conceito de “morte” ou de “alguém”, esses dois elementos linguísticos surgem da dinâmica da comunicação, não só da comunicação leiga, mas especialmente da comunicação científica, realizada pelas Ciências Médicas, que evoluem constantemente.

²⁸⁷ Sobre o tema, *vide*: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 633 e ss.

²⁸⁸ Veja que a discussão também é relevante para o crime de aborto. Além disso, no Direito Civil muito se discute sobre o que seria “alguém” ao se tratar do nascimento com vida e dos direitos do nascituro. Neste ramo do Direito, em razão das suas peculiaridades, especialmente no campo sucessório, chega-se a discutir sobre os níveis de deformação do neonato, da sua condição de humano (quando presentes certas deformações) etc.

²⁸⁹ Com relação à intensa discussão sobre a eutanásia, *vide*: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 637 e ss.

²⁹⁰ “[...]. Enquanto a eutanásia pode configurar, em nosso ordenamento, o crime de homicídio privilegiado (CP, art. 121, §1º), a ortotanásia tem sido objeto de calorosos debates, sobretudo após a publicação da Resolução n.º 1.805, de 9.11.2006, do Conselho Federal de Medicina, que a reconhece como sendo conduta médica ética, desde que haja anuência do paciente ou, se ele estiver inconsciente, de seus familiares. [...]”. (DELMANTO, Celso; *et alii*. *Código Penal comentado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 411).

A natureza “aberta” desses conceitos linguísticos mostra que estamos diante de signos com natureza de modelo-tipo, que têm uma suscetibilidade maior à variação e à mutação linguística.

Não se está aqui a defender uma ruptura do princípio da legalidade. Pelo contrário. Reconhecer a permeabilidade dos elementos linguísticos, especialmente dos modelos-tipo, nos permite aplicar com muito mais eficiência o princípio da legalidade, seja através da não retroatividade de interpretações que modificam o sentido da norma penal (mutação), seja através da irretroatividade dos tipos jurisprudenciais, etc.

Assim, dependendo da forma que o hermeneuta constrói o sentido desses dois signos, atribuindo gradações entre o matar e não matar, entre o alguém e o ninguém (não alguém), esses elementos tornam-se modelos-tipo.

Existem outros signos que são modelos-conceito. O exemplo é o “funcionário público”, modelo-conceito necessário a todos os crimes contra a administração pública praticados por funcionário público (Capítulo I do Título XI do Código Penal). O conceito de funcionário público, para fins penais, é trazido pelo enunciado da norma do art. 327 do Código Penal, que dispõe que “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

Há ainda uma figura equiparada, disciplinada pelo enunciado da norma do §1º do art. 327. Tanto o conceito de funcionário público quanto o de funcionário público equiparado para fins penais, diverge de outros conceitos apresentados pelo mesmo elemento linguístico em outros ramos do Direito, como ocorre com o Código Eleitoral, que no enunciado da norma do art. 283 do Código Eleitoral apresenta um conceito para fins penais diversos.

Isso ocorre porque esses elementos linguísticos, em razão da sua natureza de modelo-conceito, são impostos pelo legislador. Os conceitos de funcionário público apresentados, para fins penais, no Código Penal e no Código Eleitoral, aliás, divergem do conceito apresentado no Direito Administrativo²⁹¹, e isso denota a essência dos modelos-

²⁹¹ “O conceito de funcionário público não é o mesmo que o previsto no Direito Administrativo. No caso penal por exemplo, é considerada como tal a pessoa que exerce função pública, ainda que sem remuneração. [...]”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1196). Nessa medida, além dos conceitos de “funcionário público para fins penais”, existem outros

conceito, a criação de uma linguagem artificializada, imposta pelo emissor da mensagem legislativa (o legislador).

Existem ainda os signos que são essencialmente modelos-tipo. No Direito Penal, os signos que possuem característica de modelos-tipo são denominados de “elementos normativos sociais ou culturais do tipo”. Os elementos normativos “são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma *atividade valorativa*. São circunstâncias que não se limitam a descrever o natural, mas implicam um *juízo de valor*”.²⁹²

A doutrina costuma classificar os elementos normativos em jurídicos, que teriam seu sentido trazido pelo Direito (v.g., tributo); relacionados com a ilicitude (ou da ilicitude), que trariam uma especial contrariedade entre a conduta e o direito (v.g., sem justa causa); e sociais ou culturais, que dependeriam de uma valoração cultural ou moral do juiz, no momento da incidência da norma (v.g., obsceno).

Numa perspectiva linguístico-estruturante, os elementos normativos são signos que têm sua denotação, seu sentido trazido no contexto de outra comunicação (enunciado). Isso fica muito claro nos elementos normativos legais, que são aqueles em que a denotação é trazida por outra norma jurídica, como é caso do signo “tributo”, que foi por nós trabalhado ao discorrermos sobre a aplicação da pragmática ao direito.²⁹³ Esses elementos (normativos legais) são, por sua natureza, modelos-conceito, pois são compostos de elementos irrenunciáveis e impostos pelo legislador (emissor da mensagem legislativa).²⁹⁴

conceitos apresentados pelos mais diversos institutos, como por exemplo o trazido pelo enunciado da norma do art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), ou mesmo o trazido pelos doutrinadores de Direito Administrativo.

²⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 342. No mesmo sentido, José Cirilo de Vargas afirma que os elementos culturais são os “que impõem ao juiz a necessidade de especial juízo de valor sobre os mesmos. Sua compreensão não é pronta imediata”. (*Do tipo penal*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 155).

²⁹³ Vide, na Primeira Parte, item “4.4. Pragmática”.

²⁹⁴ Aliás, com relação ao conceito de “tributo”, isso fica muito claro na lição de Hugo de Brito Machado: “Sabe-se que, em princípio, não é função da lei conceituar. A lei deve conter uma regra de comportamento. Entretanto, em face de controvérsias, às vezes deve a lei estabelecer conceitos. Isto aconteceu com o conceito de tributo, que é atualmente, no Brasil, legalmente determinado. O legislador, afastando as divergências da doutrina, disse que ‘tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela possa se exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada’ (CTN, art. 3º).

Assim, já agora se mostra de nenhuma utilidade, no plano do direito positivo vigente, o exame dos diversos conceitos de tributo formulados pelos juristas e pelos financistas. Prevalente o conceito legal, resta apenas analisá-lo, examinando seus diversos elementos, [...]”. (*Curso de Direito Tributário*. 35ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros. 2014. p. 57)

Assim, existem apenas tributos e não tributos, funcionários públicos e não funcionários públicos, não havendo elementos intermediários.

Já os elementos normativos relativos à ilicitude e os culturais, por outro lado, possuem características de modelos-tipo. Esses elementos demandam uma especial valoração por parte do magistrado, no momento da incidência da norma, seja sobre a ilicitude da conduta, seja sobre a denotação de determinado signo linguístico (que não seja trazida pelo Direito).

Essas hipóteses são construídas através das iterações (comunicativas) ocorridas na sociedade, possuem características renunciáveis e admitem elementos intermediários, tratando-se, assim, de modelos-tipo. Entre o obsceno e o não obsceno, ou entre a ação com justa causa e a ação sem justa causa, é admissível a existência de elementos intermediários, numa verdadeira gradação.

A formulação atual desses elementos normativos (relacionados com a ilicitude e culturais), construída pela doutrina dominante, faz com que eles se aproximem da discricionariedade desregrada, do arbítrio, ofendendo o princípio da legalidade penal.²⁹⁵

A questão é das mais complexas no estudo da linguística aplicada. Porém, é de se ressaltar que apesar da natureza eminentemente conceitual dos enunciados incriminadores (enunciado da hipótese da norma ou “tipo”), esses enunciados podem ser, eventualmente, compostos de elementos (no caso, signos) com natureza de modelos-conceito.

²⁹⁵ Para Rosa Maria Cardoso da Cunha, os elementos normativos do tipo “refutam por completo as funções sistemáticas e de garantia acreditadas à regra da legalidade” (*O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 72).

CAPÍTULO 2

TEORIA DA TIPICIDADE

2.1. A CRISE CONCEITUAL DA TIPICIDADE

A tipicidade é a essência do tipo. Os modelos linguísticos existem, no Direito, para que as condutas humanas sobre eles incidam, punindo e transformando comportamentos. São a própria essência do Direito como meio de regulação dos comportamentos humanos.

No Direito Penal, ramo punitivo por excelência, os modelos linguísticos encontram campo fértil no estudo da tipicidade penal. Tradicionalmente, a doutrina entende que há tipicidade “quando o comportamento atribuível a um agente se subsume perfeitamente em todos os elementos previstos no tipo legal, de maneira que aquilo que foi realizado coincide com o enunciado do tipo penal”²⁹⁶, em outras palavras, o fenômeno é “a relação de adequação (ou subsunção) entre o fato (da vida real) e o tipo legal ou entre o fato e tipo penal”.²⁹⁷ Dentro deste contexto, subdividem, ainda, a tipicidade em “legal”, que seria a subsunção do fato à letra “seca” da lei, e “penal”, que seria a “adequação do fato a todas as exigências fundamentadoras de uma determinada forma de ofensa ao bem jurídico”.²⁹⁸

É a tipicidade um mero juízo de subsunção (denominado pela doutrina de “juízo de tipicidade”) entre a conduta humana e o modelo linguístico trazido pelo enunciado da lei penal.

Esse posicionamento da doutrina denota a crise que vive, na atualidade, a ideia de tipicidade. Colocar a tipicidade como um mero juízo de subsunção, de adequação semântica entre o fato e o modelo linguístico trazido pela norma, é colocar de lado todos os avanços da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito.

²⁹⁶ LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *Tratado de Derecho Penal, tomo III: La tipicidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. p. 655.

²⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 229

²⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 229

Mesmo que se floreie o fenômeno da tipicidade com ideias como a da “tipicidade penal”, que leva em consideração a ofensa ao bem jurídico, não se consegue abandonar o fenômeno da subsunção. Contudo, a tipicidade é muito mais do que subsunção, é um juízo de incidência da hipótese de incidência da norma de conduta da norma penal.

Como se verá ao discorrer sobre a tipicidade como hermenêutica²⁹⁹, a tipicidade é a operação hermenêutica que se faz sobre os elementos que compõem a hipótese de incidência da norma de conduta da norma penal. Como dissemos na primeira parte desta obra, a hipótese de incidência da norma de conduta é composta pelo enunciado linguístico (tipo) e pela ilicitude.

Ainda que, para fins didáticos, a ilicitude deve ser estudada em apartado da “tipicidade”, num olhar puramente sintático-normativo, os dois fenômenos compõem a referida hipótese de incidência, em conjunto. São inseparáveis para a teoria das normas aplicadas ao Direito Penal e, por isto, a tipicidade recai sobre os dois elementos (enunciado e ilicitude).

Feitas essas considerações introdutórias, para que possamos chegar a uma teoria da tipicidade como hermenêutica, teremos de, antes, estudar a teoria que a antecedeu: a teoria da tipicidade como subsunção.

2.2. TIPICIDADE COMO SUBSUNÇÃO

A primeira teoria que se desenvolveu sobre a tipicidade foi a teoria da tipicidade como subsunção. Essa teoria, de grande prestígio, foi desenvolvida em conjunto com a própria ideia de tipo penal e guarda, ainda nos dias de hoje, grande relação com a lógica “natural-mecanicista”³⁰⁰, que predominou o imaginário jurídico na segunda metade do século XIX e início do século XX.³⁰¹

²⁹⁹ Vide item “2.3. Tipicidade como hermenêutica”.

³⁰⁰ A expressão é utilizada por Jader Marques, na sua tese de doutorado, *Leitura hermenêutica da tipicidade penal*, defendida na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

³⁰¹ “Assim, no plano da chamada evolução da teoria do delito, verifica-se que a noção de tipo penal principia numa perspectiva puramente objetiva, ligada à visão natural-mecanicista da segunda metade do século XIX, passando pela fase da descoberta dos elementos subjetivos do tipo, caracterizada pela vinculação do pensamento jurídico-penal ao neokantismo das primeiras três décadas do século XX, seguindo pela fase

A subsunção é a operação através do qual se realiza o silogismo jurídico.³⁰² O silogismo jurídico (ou judiciário), a operação lógica através da qual um fato (premissa menor) corresponde à norma jurídica (premissa maior),³⁰³ é efetivado através da subsunção, que é justamente a “correspondência entre o fato da vida e a norma jurídica”.³⁰⁴

Essa ideia, que resume o Direito a um mero silogismo sintático-semântico (ou lógico-semântico, se preferir), está fortemente atrelada à escola de exegese e à jurisprudência dos conceitos, movimentos de “interpretação” jurídica surgidos em meados do século XIX, durante o movimento de codificação marcante daquele período.³⁰⁵

Acreditava-se na existência de uma essência na lei, que era apenas revelada pelo intérprete no momento de sua aplicação ao caso concreto. Era essa vinculação que garantia a correção da decisão judicial, que era antecipadamente prevista pelo legislador, no momento da elaboração da lei.³⁰⁶

Essa concepção não foi plenamente superada, contudo, ainda que em razão dos desenvolvimentos da moderna hermenêutica jurídica possa se buscar algo além da subsunção, é ela a operação fundamental da Lógica Jurídica. É o primeiro raciocínio que se faz, puramente sintático-semântico, alheio ao caráter pragmático da comunicação jurídica.

objetivo-subjetiva do tipo, que decorre do finalismo nos anos 30, chegando, finalmente, à fase da tentativa de retorno ao objetivismo com os pós-finalistas e sua crítica à Welzel, a partir dos anos 70 do século passado”. (MARQUES, Jader. *Leitura hermenêutica da tipicidade penal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012. p. 230).

³⁰² RÜTHERS, Bernd; *et alii*. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011. p. 402 e ss; VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione*. 6ª ed. Roma: Laterza, 2009. p. 178 e ss.

³⁰³ Sobre o silogismo jurídico, *vide*: ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 5ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 276 e ss.; SCHNEIDER, Egon. *Logik für Juristen*. Berlim: Franz Vahlen, 1965. p. 301 e ss.

³⁰⁴ RÜTHERS, Bernd; *et alii*. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011. p. 402. (*Tradução livre*).

³⁰⁵ “A técnica inicial de decisão que servirá como mecanismo de aplicação do direito será conhecida como *subsunção*. Nesse caso, opera-se dedutivamente da premissa maior que é a Lei em direção à premissa menor, o caso. Esse aspecto lógico abstrato – que será apelidado depois de conceitualista – está na base de movimentos culturais como a escola da exegese francesa e a Jurisprudência dos conceitos alemã. Os grandes códigos civis do século XIX serão operacionalizados (no caso da escola da exegese) e pensados (no caso da Jurisprudência dos conceitos) tendo a decisão judicial como resultado desse procedimento estritamente subsuntivo de acomodação do caso judicial ao suporte fático previsto na legislação”. (STRECK, Lenio Luiz. *Crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014 p. 107).

³⁰⁶ “Seria exclusivamente a codificação que garantiria, em cada caso, a correção da decisão. A sentença judicial não teria outra tarefa senão a de concretizar o conteúdo da lei tendo em vista o caso concreto. A vinculação do juiz à lei é imperativa. O ideal de segurança jurídica para atingido: a norma geral vincula a decisão de vários casos no sentido de estabelecer uma jurisprudência regular e uniforme. As decisões jurídicas particulares podem ser, cada uma delas, previstas de antemão, pois decorrem da norma jurídica antecipadamente formulada.” (HASSEMER, Winfried. *Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Kel, Manuel Seca Oliveira, Antínio Manuel Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

O estudo da tipicidade pode evoluir muito com a adoção de ideia de tipicidade como hermenêutica, contudo, no Direito Penal, não só a doutrina brasileira³⁰⁷, como a doutrina alienígena³⁰⁸, observam o fenômeno como uma mera relação de subsunção.

Isso tem uma grave consequência: como não podemos separar interpretação de aplicação do Direito,³⁰⁹ ao tomarmos a tipicidade como mera subsunção, e não como um juízo hermenêutico de incidência, colocamos a interpretação jurídica apenas como um método sintático-semântico, que não consegue se desvencilhar da interpretação gramatical. A interpretação do direito seria um mero processo de revelação do sentido colocado pelo legislador na norma e do posterior “encaixo” do fato a este sentido reconstruído.

Contudo, o enunciado linguístico que contém a norma não está alheio aos aspectos pragmáticos da comunicação, aos fenômenos da variação e da mutação linguística, etc., e mesmo nos casos mais “simples” há uma atividade construtiva do intérprete, que levando em conta diversos fatores, como o contexto, constrói o sentido da norma com fundamento na mensagem legislativa emanada do legislador, se tratando de um juízo muito mais complexo que a simples subsunção.

2.3. TIPICIDADE COMO HERMENÊUTICA

Em razão da inadequação do juízo meramente sintático-semântico ao atual desenvolvimento da Teoria Geral do Direito, Jader Marques desenvolveu a teoria da tipicidade hermenêutica. Esta teoria, fundada no pensamento de Lenio Luiz Streck³¹⁰,

³⁰⁷ Por todos, cf.: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 202.

³⁰⁸ Por todos, cf.: TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 52ª ed. Munique: Beck, 2004. p. 72.

³⁰⁹ Ainda que possa existir interpretação sem aplicação, como ocorre com a produção científica e doutrinária, não há aplicação sem interpretação, pois, para que o juiz possa aplicar a norma jurídica ele tem antes de interpretá-la, construindo seu sentido.

³¹⁰ Vide as seguintes obras do autor: *Crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Martin Heidegger³¹¹ e Hans-Georg Gadamer³¹², procura superar as limitações da tipicidade como subsunção, que se limita ao estudo do aspecto sintático-semântico do fenômeno.

Parte-se da constatação de que a subsunção reduz a legalidade penal a uma noção meramente simbólica, retórica, que não é mais suficiente para limitar a arbitrariedade judicial, para conter os arroubos interpretativos dos magistrados, que muitas vezes conduzem ao erro judiciário ou mesmo à atuação direcionada, “vingativa”³¹³, da prestação jurisdicional.

Busca, assim, superar a discricionariedade desregrada (que chamaríamos de arbitrariedade) na interpretação jurídica, típica de um sistema que admite conceitos como o do juiz solipsista, que decide conforme a sua vontade, ou conforme o seu “sentir”, a sua percepção das provas carreadas no processo e do próprio Direito.

A afirmação de que a sentença é meramente um ato de vontade, onde se decide de um jeito ou de outro apenas em razão de uma percepção subjetiva, é fundada em paradigmas superados, para não dizer errados. Parte-se do equivocado pressuposto de que texto e norma são o mesmo fenômeno, como se a lei contivesse na sua essência a norma jurídica, como ocorre na ideia de *voluntas legis*, tão cara a algumas concepções interpretativas. O intérprete, nesta seara, somente teria a função de “revelar” o sentido da norma (que já está contido em seu texto) e verificar se ocorreu a subsunção.

Qualquer interpretação está, assim, legitimada. Se ao intérprete cabe apenas revelar o sentido da norma, ele nada constrói, nada acrescenta àquilo que foi escrito pelo legislador e, por isto, sua interpretação estará sempre correta. É um discurso de justificação nefasto, que fundamenta as decisões mais absurdas, muitas vezes contrárias ao próprio direito, mas que se encontram “plenamente em conformidade com a norma” em razão do aspecto meramente revelador de sentidos do intérprete.

Contudo, como dissemos desde o início deste trabalho, é o intérprete que constrói o sentido da norma jurídica, através da sua pré-compreensão da linguagem comum, e

³¹¹ Sobre o trabalho do filósofo alemão, vide as seguintes obras: TSAI, Wei-Ding. *Die ontologische Wende der Hermeneutik: Heidegger und Gadamer*. Tese (Doutorado em Filosofia). Ludwig-Maximilians-Universität. 2011; TUGENDHAT, Ernst. *Der Wahrheitsbegriff bei Husserl und Heidegger*. 2ª ed. Berlim: Walter de Gruyter, 1970.

³¹² Sobre o trabalho do filósofo alemão, vide: TSAI, Wei-Ding. *Die ontologische Wende der Hermeneutik: Heidegger und Gadamer*. Tese (Doutorado em Filosofia). Ludwig-Maximilians-Universität. 2011.

³¹³ Diz-se “vingativa” quando os agentes políticos, notadamente os magistrados e membros do Ministério Público, se utilizam do processo como meio de vingança contra desafetos pessoais.

jurídica, que denominamos de repertório linguístico. A lei penal, o código da comunicação jurídica, contém apenas um mínimo de conteúdo, necessário para que o intérprete construa a mensagem legislativa, que é a norma penal.

Há de se notar que esta não é uma construção arbitrária, desregrada, pois o repertório linguístico do intérprete é condicionado pela intersubjetividade da comunicação. Dizendo em outras palavras, a interpretação não é livre porque tanto o código quanto a mensagem são construídos no interior de uma determinada comunidade falante (sociedade) e, para que a comunicação seja eficiente, têm os sujeitos de respeitar as regras intersubjetivamente construídas.

Assim como o legislador não pode se valer de um código absolutamente aleatório ou desconhecido (v.g., uma língua artificial ou estrangeira), não pode o intérprete construir a mensagem da maneira que bem entender, pois está relativamente vinculado ao código transmitido pelo legislador.

O repertório linguístico conforma toda e qualquer espécie de comunicação, não só a jurídica; porém, no sistema linguístico do Direito, existe outro fator importante, que deve ser considerado no momento da construção do sentido da mensagem legislativa: a unidade do Direito e a conseqüente conformação deste sistema linguístico pela Constituição.

O (sub)sistema linguístico do Direito é um só, é uno. Assim, o Direito Penal não é um sistema a parte, autopoietico, que se basta em si mesmo e constrói isoladamente todos os significados de seus termos. Não, pelo contrário: a interpretação dos signos que compõem os enunciados das normas penais deve se ater aos outros enunciados emanados pelo Direito, isto é, pelos institutos que são trazidos pelos demais ramos do Direito.

Assim, quando os enunciados incriminadores do Direito Penal tratam de temas que são atinentes aos Direito Civil, Empresarial, Tributário, Administrativo etc., não pode o intérprete simplesmente construir o sentido que quiser, mas deve buscar naqueles ramos do Direito as definições necessárias.

Todo o Direito e sua interpretação, por sua vez, estão condicionados pelas normas Constitucionais.

A Constituição está sujeita aos mesmos postulados aqui apresentados, sendo um código através do qual são construídas, pelo intérprete, as normas constitucionais, sujeitas

aos limites da intersubjetividade da comunicação e tudo mais. Contudo, a partir do momento que se constrói as normas jurídicas constitucionais, elas condicionam a construção de sentido de todo o sistema linguístico do Direito.

Nessa medida, a interpretação dos enunciados jurídicos infraconstitucionais sofre uma dupla vinculação. Além de estarem sujeitos aos limites impostos pela própria intersubjetividade comunicativa, assim como toda espécie de interpretação (v.g., interpretação literária ou interpretação bíblica³¹⁴), estão sujeitos aos limites impostos pelas normas constitucionais.

A interpretação jurídica não pode ser construída de maneira desvinculada do conteúdo da Constituição, sob pena de violar a própria essência do Estado Democrático de Direito, através da construção de interpretação absolutamente dissociada das normas constitucionais e, algumas vezes, até mesmo das normas da hermenêutica linguística.

Na prática, contudo, como dissemos em outras partes deste trabalho, o Direito Penal parece, ao menos no Brasil, ter ficado alheio às discussões travadas na Filosofia do Direito, na Teoria Geral do Direito e no próprio Direito Constitucional. Salvo a exceção de alguns estudos pontuais, a discussão sobre a hermenêutica não foi trazida para o estudo da Parte Geral do Direito Penal, da Teoria Geral do Delito.

Criou-se um “sistema paralelo” de interpretação no Direito Penal, onde apenas se discute os métodos gramatical, o histórico e o teleológico-racional³¹⁵, como se a “hermenêutica” se bastasse numa metódica construída no final do século XX, com fundamentos plenamente superados pela Filosofia moderna.³¹⁶

A questão da hermenêutica será por nós detalhadamente discutida na próxima parte deste trabalho³¹⁷, contudo aqui cabe frisar alguns problemas que o estudo da tipicidade dissociado do estudo da hermenêutica pode acarretar.

O primeiro problema diz respeito à incapacidade da tipicidade como subsunção, fundada nos métodos de interpretação clássicos, absorver as variações e mutações linguísticas, e o conflito linguístico decorrente. Como dissemos na primeira parte deste

³¹⁴ Alguns consideram a interpretação bíblica como uma espécie de interpretação literária.

³¹⁵ Sobre os métodos “clássicos” de interpretação, *vide* o capítulo 1 da Segunda Parte.

³¹⁶ Isso não significa que estes métodos devem ser superados. Contudo, deve seu estudo ser revisitado com fundamento na moderna Filosofia do Direito.

³¹⁷ *Vide*: “Capítulo 1 – Teoria dos modelos linguísticos: tipo e conceito”.

trabalho, a língua é dinâmica, estando sujeita aos fenômenos da variação, que é a modificação da língua influenciada por fatores geográficos, sociais etc., e da mutação, que é a modificação “natural”³¹⁸ da língua no decorrer dos anos.

Esses fatores fazem com que, sem que ocorra a alteração do enunciado (do seu suporte físico), haja uma modificação do seu sentido, naquilo que a doutrina do Direito Constitucional chama de “mutação constitucional”.³¹⁹ Contudo, a tipicidade como juízo de subsunção não consegue trabalhar adequadamente com estes fenômenos, especialmente porque é fundada em métodos hermenêuticos pouco claros.

Pode-se colocar diversos exemplos deste problema, contudo, apenas para ilustrar nossa posição, cita-se dois. O primeiro exemplo é o da falta de “atualização” da interpretação das leis penais incriminadoras, que conduz, invariavelmente ao fenômeno da neocriminalização. Explicando melhor: como a teoria da tipicidade adotada na atualidade é insuficiente para propiciar uma interpretação adequada desses institutos, o legislador se vê “obrigado” a criar novos tipos penais, muitas vezes com penas muito superiores aos já existentes, apenas para adequar os crimes já existentes às novas demandas sociais.

De fato, a evolução da sociedade exige, algumas vezes, a criação de novos tipos penais, contudo não na escala em que vemos nas últimas décadas. Assim que surge um novo fenômeno social, e diante da absoluta falta de constrangimento epistemológico da doutrina, que muito pouco tem interpretado, o legislador cria um novo crime, *ad hoc*, feito para atender àquele caso concreto.

Esse fenômeno pode ser observado com muita clareza nos crimes informáticos. A Lei n.º 12.737/12, denominada de *Lei Carolina Dieckmann*, trouxe diversas modificações no Código Penal, para atualizá-lo em razão da moderna criminalidade informática. Além de introduzir o crime de violação de dispositivo informático (art. 154-A do Código Penal), o diploma trouxe outras modificações como, por exemplo, a equiparação de cartão de crédito ou débito a documento particular (art. 298, parágrafo único).

O crime de violação de dispositivo informático é uma forma de dano, e a interpretação do crime disciplinado no enunciado da norma do art. 163 do Código Penal

³¹⁸ Diz-se “natural” porque o fenômeno da mutação linguística decorre das iterações comunicativas e, por isto, é da própria essência da língua o seu desenvolvimento (modificação).

³¹⁹ A mutação constitucional é o fenômeno em que se muda “o sentido, o significado, o alcance do texto, sem empreender-lhe qualquer reforma”. (VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30).

certamente resolveria o problema, sem a necessidade da criação de um novo crime. No mais, a equiparação do cartão de crédito e de débito a documento particular também demonstra a incapacidade interpretativa da doutrina e a ânsia criminalizadora do legislador.

Ora, o cartão de crédito é o documento necessário para a realização de diversas transações bancárias (v.g., saques, venda e compra, etc.), e, sendo emitido por uma entidade que não pertence à Administração Direta e nem recebe dela delegação, como é o caso das instituições financeiras, nos parece que apenas se possa considera-lo como um documento particular, não como um documento público.

O argumento de que tal sorte de modificação privilegia o princípio da legalidade é falacioso. Se o instituto da tipicidade fosse submetido à verdadeira filtragem hermenêutica, não será necessária a alteração legislativa frente a cada novo fenômeno, que é muito mais ofensiva ao dito princípio que a verdadeira interpretação jurídica.

Outro problema que se coloca é a tipicidade dissociada dos demais ramos do Direito.³²⁰ Utiliza-se a subsunção como uma forma desregrada de fazer com que o direito se amolde aos fatos, e não o contrário, levando a uma construção de sentido absolutamente desregrada que, ao invés de conduzir à unidade do sistema linguístico do Direito, conduz a uma série de antinomias.

Se a norma penal dispõe, por exemplo, sobre “tributo”, não cabe ao intérprete construir o sentido daquilo que ele entenda que seja tributo, mas buscar o sentido do termo no Direito Tributário.

Quando dizemos buscar o sentido do termo noutros ramos do Direito, não significa que intérprete deve apenas buscar o conceito do instituto, mas sim todas as suas nuances. Assim, no aludido caso do tributo, além do conceito, deve o intérprete buscar sua sistemática, as hipóteses de incidência da norma tributária, as causas de suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário etc.

³²⁰ Na hermenêutica constitucional, esse fenômeno é denominado de princípio da unidade da Constituição, e segundo Joaquim José Gomes Canotilho, significa que “a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas”. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1096). Ainda que, na hermenêutica constitucional, tenha a ideia de integridade dentro do próprio texto da Constituição, é perfeitamente possível que ampliemos o postulado para o Direito como sistema linguístico.

Este mero procedimento interpretativo conduziria a uma construção de sentido muito mais eficiente, fazendo com que não fosse necessária a construção de soluções *ad hoc*. Se interpretássemos corretamente o instituto chegaríamos à conclusão de que o tributo só incide com o lançamento, que existem causas que excluem a incidência da norma tributária (aliás, como ocorre também no Direito Penal), e seria desnecessária a construção de um modelo jurisprudencial como o da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o mais nefasto dos problemas é a tipicidade penal alheia às normas da Constituição. Como dissemos no início da nossa indagação sobre a tipicidade como hermenêutica, as normas constitucionais conformam, condicionam, a interpretação de todo o Direito que a ela está submetido.

Isso se deve à hierarquia da Constituição, que é a norma fundamental de nosso ordenamento. Há de se notar que não se trata de uma hierarquia meramente formal, argumentativa, mas de uma verdadeira hierarquia hermenêutica, especialmente devido à força normativa da Constituição, que não pode ser considerada apenas um documento programático, que busca a construção de uma nova e futura relação entre Estado e sociedade, mas sim de uma verdadeira norma, com o devido efeito perlocucionário, que é inerente a todas as normas jurídicas.

Assim, a norma que se extrai do enunciado do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não é meramente um programa, uma carta de intenções para o futuro, mas uma norma efetivamente aplicável e que deve ser considerada pelos intérpretes no momento da construção de sentido de qualquer norma do nosso ordenamento. É o modelo-conceito do princípio da não culpabilidade e qualquer norma jurídica que seja construída em sentido contrário será inconstitucional.

Todas as disposições que buscam antecipar a pena, não só as de natureza penal, mas também as atinentes a outros ramos do Direito, como as do Direito Eleitoral, que em várias alíneas do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar n.º 64/90 antecipa a punição para antes do

trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vulnerado o princípio da não culpabilidade, são flagrantemente inconstitucionais.³²¹

Além deste caso, onde a violação da Constituição é flagrante, existem outros casos, bens mais sutis, em que a interpretação do Direito conformada pela Constituição conduziria a uma alteração substancial na tipicidade.

Essas hipóteses se dão quando duas normas infraconstitucionais apresentam conteúdos diversos, ainda que não antagônicos, e devem ser interpretadas em face da Constituição.

Um exemplo é a construção do sentido da norma contida no enunciado do art. 16 do Código Penal³²², que é muito menos favorável ao agente do que diversas normas do chamado Direito Penal Tributário (v.g. art. 168 §2º, do Código Penal e art. 15 da Lei n.º 9.964/00, denominada Lei do Refis³²³), inclusive que o tipo jurisprudencial contido no enunciado da Súmula Vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal, que determina que não se tipifica o crime de sonegação fiscal até o lançamento definitivo do tributo.³²⁴

Em face do princípio da isonomia, e como uma medida de Política Criminal extremamente salutar, tais institutos do denominado Direito Penal Tributário deveriam ser estendidos aos crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

³²¹ O Supremo Tribunal Federal decidiu de maneira absolutamente equivocada, pela constitucionalidade dos dispositivos citados no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578). Com efeito, parece-nos que o julgamento se deveu muito mais às pressões sociais do que propriamente à hermenêutica jurídica. Esse fenômeno, na verdade, está se tornando cada vez mais corriqueiro em nosso ordenamento: em busca de uma moralização da Administração Pública, violam-se os princípios mais elementares do cidadão.

³²² “Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou substituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de 1 a 2/3 (um a dois terços).”

³²³ “Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1.º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2.º O disposto neste artigo aplica-se, também:

I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, as normas estabelecidas por esta Lei;

II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§ 3.º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

³²⁴ Súmula Vinculante n.º 25 do STF. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1.º, inciso I a IV, da Lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Em suma, a tipicidade como hermenêutica é uma nova forma de compreender o fenômeno da aplicação do Direito Penal, não se tratando de uma verdadeira superação da tipicidade como subsunção, já que esta é a operação fundamental do Direito, mas de uma evolução.

Nessa medida, na terceira parte deste trabalho, discutiremos detalhadamente a hermenêutica linguística-estruturante³²⁵ que, muito além de criar um “novo” método de interpretação, busca construir novos paradigmas para a hermenêutica do Direito Penal.

³²⁵ Vide “Capítulo 1 – Hermenêutica linguístico-estruturante do tipo penal” da Terceira Parte.

CAPÍTULO 3

TIPO E ILICITUDE: A SUPERAÇÃO DO ATUAL ESTADO DE INDETERMINAÇÃO PELA TEORIA DA ILICITUDE DO SISTEMA

3.1. OS MODELOS DA RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILICITUDE

Muitos manuais fazem um incipiente apanhado da evolução histórica da relação entre tipicidade e ilicitude. Estudam essa relação, em regra, através da divisão em cinco momentos: neutralidade, tipicidade como indício da ilicitude, tipicidade como essência da ilicitude, teoria dos elementos negativos do tipo e a relação entre tipicidade e ilicitude na doutrina finalista.³²⁶

Deixam de indagar sobre o tema fundamental na relação entre tipicidade e ilicitude, que é o objeto da associação. Indagar se a relação da tipicidade se dá com o tipo, o enunciado da hipótese da norma primária do crime, ou com a tipicidade, o juízo hermenêutico de incidência dessa norma.

Essa indagação é relevante por questões metodológicas, porque, ainda que se possa considerar que o tipo contenha algum espectro de ilicitude, que a mera descrição da conduta tenha uma “ilicitude em si”, a associação deve ocorrer entre a tipicidade e a ilicitude. É no momento em que a hipótese da norma de conduta da norma penal incide que devemos avaliar se existe ou não essa relação.

Na primeira parte desta obra discorre-se, ainda que brevemente, sobre a posição adotada: tipicidade e ilicitude são indissociáveis, pois compõem a hipótese de incidência da norma penal. Contudo, nem todos os autores enxergam o fenômeno do crime através da teoria das normas ou mesmo veem a tipicidade e a ilicitude como elementos indissociáveis.

³²⁶ “Várias posições foram construídas ao longo da evolução do conceito de ‘tipo penal’ como meio de explicar qual é o conteúdo ou de que maneira se dá a relação do tipo com a ilicitude, desde a ideia inicial de BELING, que indicava que o tipo era uma simples descrição sem valor, passando pela concepção do tipo como ‘tipo de injusto’, ou o tipo que continha as causas de justificação (teoria dos elementos negativos do tipo), até às concepções mais extremas que consideram o “tipo total” como aquele elemento que contém todos os demais elementos do delito”. (LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *Tratado de Derecho Penal, tomo III: La tipicidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. p. 64 – Tradução livre)

Nessa medida, é possível estudarmos a relação entre a tipicidade e a ilicitude de maneira sistemática sem utilizarmos o critério meramente histórico. Tomando como fundamento a gradação da relação entre tipicidade e ilicitude, podemos chegar a três modelos gerais: modelo de relação neutra, modelo de relação indiciária e modelo de identidade.

Esses três modelos apresentam-se numa relação gradativa, típica, passando da relação absolutamente independente para a absolutamente dependente através de um elemento intermediário, onde a relação é relativamente dependente. Essa evolução se dá, como se nota, através de uma simples análise histórica, através de um movimento pendular, iniciando-se com uma posição absolutamente independente, passando por uma dependência relativa para, em seguida atingir a dependência absoluta e, então, retornando o movimento.

Feitas essas breves considerações, passaremos ao estudo dos três modelos de relação entre tipicidade e ilicitude.

3.1.1. Modelo de relação neutra entre tipicidade e ilicitude

A primeira concepção da relação entre tipicidade e ilicitude foi apresentada por Ernst Beling, que coloca o tipo como uma simples descrição da conduta, sem qualquer caráter valorativo, pois nele “não se expressa a valoração jurídica qualificante do ‘antijurídico’”.³²⁷ Como bem anota Claus Roxin, o tipo para na concepção de Beling “possui duas características: é objetivo e livre de valor [neutra]”.³²⁸

O caráter subjetivo do tipo deve ser entendido como a ausência de qualquer elemento subjetivo (dolo e culpa), que pertenceriam à culpabilidade, e o caráter neutro deve ser entendido como a ausência de qualquer valor normativo no bojo do tipo.³²⁹

É de se notar que, nesse período o pensamento penal dominante era o causalismo, que dividia o delito em elemento objetivo e subjetivo. Existia apenas o elemento objetivo e

³²⁷ LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *Tratado de Derecho Penal, tomo III: La tipicidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. p. 64.

³²⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 282. (Tradução livre).

³²⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 282.

culpabilidade, que abarcava o dolo e a culpa (elementos objetivos). Apenas em 1906, com o desenvolvimento da teoria do tipo de Beling, por nós já tratada no primeiro capítulo desta parte, é que se passou a distinguir com clareza o tipo da ilicitude.

Em linhas gerais, o tipo é a descrição linguística (sintático-semântica) do comportamento humano que é qualificado como punível pelo direito, isto é, que foi selecionado pelo legislador como passível de uma pena privativa de liberdade. Não há qualquer relação com a ilicitude³³⁰ e com a culpabilidade que, repita-se, abarcava os elementos subjetivos da conduta.

Na verdade, para esta teoria, a ilicitude é uma consequência da tipicidade. A partir do momento em que ocorre a subsunção do fato à norma é que se pode considerar este como contrário ao ordenamento.

É de se notar que, naquele período, a doutrina não havia desenvolvido ainda a ideia de Direito Penal como *ultima ratio* e a ideia de sistema do Direito ainda engatinhava. Em razão disso, não havia como se pensar de outra maneira: era a subsunção do fato à norma penal que dava ensejo ao surgimento da ilicitude, não o contrário.

Contudo, esse rigor metodológico, que via os elementos do crime de maneira estanque, facilitou a criação de uma concepção tripartida do crime: “a tipicidade como a seleção de uma conduta que é relevante para o Direito Penal, a antijuridicidade como o caráter injusto da realização do tipo e a culpabilidade”.³³¹

3.1.2. Modelo de relação indiciária entre tipicidade e ilicitude

O segundo momento da evolução da relação entre tipicidade e ilicitude é ocupado pela corrente indiciária. A concepção do tipo livre de qualquer valor foi alterada através da introdução dos denominados “elementos normativos do tipo”.

³³⁰ “Dessa forma, o injusto, na concepção causalista (de Beling) era estritamente objetivo. Mais que isto, havia uma completa separação entre o tipo e a ilicitude, como partes deste conceito. [...]”. (LOPES, Luciano Santos. *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2010. p. 82).

³³¹ LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *Tratado de Derecho Penal, tomo III: La tipicidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. p. 65.

Os elementos normativos do tipo, que foram estudados ao tratar-se do tipo no Direito Penal, no primeiro capítulo desta parte deste trabalho, são elementos linguísticos, com natureza de modelo-tipo, que demandam uma integração pelo juiz. Eles foram introduzidos por Max Ernst Mayer, que afirmava que “a tipicidade é um indício da ilicitude, assim como a fumaça é um indício do fogo”.³³²

Assim, a tipicidade, para Mayer, é apenas um indício da ilicitude, que pode ser afastada pela incidência de uma causa de exclusão da ilicitude, como a legítima defesa, por exemplo.

Essa teoria é fruto de seu tempo (segunda década do século XX), quando a concepção naturalista do delito começava a ser superada pela causalista, através da constatação de que os elementos subjetivos, que antes eram alocados na culpabilidade, pertenciam, na verdade, ao tipo. Isso permitiu o estudo dos elementos subjetivos do tipo, que na doutrina brasileira são denominados de elemento subjetivo específico ou *animus* (v.g., *animus furandi* no crime de furto, *animus necandi* no crime de homicídio, etc.), assim como dos elementos normativos do tipo que disciplina a ilicitude (v.g., sem justa causa, dentre outros).

Contudo, a teoria apresenta alguns problemas, pois, assim como a teoria do tipo objetivo e avalorado de Beling, sustenta que a ilicitude surge com a subsunção do fato à norma penal proibitiva, ignorando a antijuridicidade que existe fora do Direito Penal, isto é, a ilicitude do Direito como sistema.³³³

Historicamente, a teoria de Mayer foi superada, na década de 1930, pelas teorias essencialistas, principalmente a neokantiana, que adota a ideia de tipo de injusto (a tipicidade é a *ratio esendi* antijuridicidade) e pela teoria dos elementos negativos do tipo, que, no mesmo sentido, argumenta que as causas de exclusão da ilicitude excluem a tipicidade.

Contudo, nesse mesmo período, Hans Welzel retorna o estudo da tipicidade como mero indício da atinjuridicidade. Na sua teoria finalista da ação, o autor alemão observa a

³³² ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 284 (*Tradução livre*).

³³³ LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *Tratado de Derecho Penal, tomo III: La tipicidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. p. 66.

tipicidade como um indício da ilicitude, adicionando apenas a distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo.³³⁴

A concepção de Welzel para a relação entre tipicidade e ilicitude foi superada com o advento do funcionalismo, que na sua concepção teleológica-racional, a observa como uma relação de essência, através da ideia de tipo de injusto. Contudo, como falamos, o movimento dessas concepções é pendular e, na década inicial do século XX, o pêndulo retorna à posição intermediária aqui discutida, que entende que existe uma relação indiciária entre a tipicidade e a ilicitude.

Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos Molina apresentam, a ideia de teoria constitucionalista do delito, onde afirmam que a tipicidade “é mais do que um indício, já é (em regra) uma verdadeira expressão provisória da antijuridicidade”.³³⁵

Ainda que os autores digam que não se trata de um mero indício, mas de uma “expressão provisória da antijuridicidade”, é certo que a teoria não trabalha com uma relação tão rigorosa quanto a que ocorre no interior das teorias essencialistas. Não existe uma absoluta identidade entre a tipicidade e a ilicitude, que são consideradas requisitos autônomos, diferente do que ocorre, por exemplo, na teoria dos elementos negativos do tipo, de natureza marcadamente essencialista, onde tipicidade e ilicitude se confundem, já que a ilicitude pertence à tipicidade.

Contudo, os autores admitem, ainda que excepcionalmente, a existência de crimes em que a tipicidade seja a essência da ilicitude, como ocorre nos tipos que trazem elementos normativos relacionados com a ilicitude.³³⁶

O espectro “constitucionalista” dessa teoria é trazido pela necessidade de ofensividade da conduta, que deve ao menos colocar em perigo bens jurídicos que, em última análise estariam disciplinados pela Constituição Federal.

Parece-nos uma concepção bastante interessante sobre a relação entre tipicidade e ilicitude. Contudo, alguns reparos devem ser feitos. Primeiro, num ordenamento que adota uma Constituição extensiva, prolixa como a nossa, é possível se dizer que todas as

³³⁴ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 243.

³³⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 243.

³³⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 243.

violações de bens jurídicos dela emanam; porém, esta não parece ser uma regra universal e, se estamos construindo uma Teoria do Direito, ou melhor, uma Teoria do Direito Penal, ela deve ter a pretensão de ser aplicada em todos os ordenamentos.

Segundo porque, ao estudarmos o Direito com fundamento numa sólida teoria das normas, não se pode afirmar que exista uma incidência provisória de qualquer dos elementos que compõem a norma jurídica. Com efeito, para a teoria constitucionalista do delito, a incidência da tipicidade faz com que incida, provisoriamente, a ilicitude que, caso presente uma excludente, será afastada.

3.1.3. Modelo de identidade entre tipicidade e ilicitude

Como forma de superar a ideia da tipicidade como simples indício da ilicitude, surgiu a ideia de “tipo de injusto”, para a qual a tipicidade é a essência (*ratio essendi*) da ilicitude³³⁷, existindo, assim, a identidade entre tipicidade e ilicitude.

Essa teoria surgiu no bojo do neokantismo³³⁸, e foi desenvolvida especialmente por Edmund Mezger e Wilhelm Sauer, que compreendem a tipicidade como um elemento da antijuridicidade. Tal concepção, que pode ser considerada moderada, apesar de unir conceitualmente tipicidade e ilicitude, ainda considerava as excludentes (estado de necessidade, legítima defesa etc.) como excludentes da ilicitude.

É a partir desta teoria que surgiu a ideia de tipo total ou tipo de injusto.

Mesmo que poucos doutrinadores brasileiros acatem expressamente a ideia de tipo de injusto, a teoria da tipicidade como *ratio essendi* da ilicitude é a que possui maior

³³⁷ “Ante à concepção do tipo como simples indício da antijuridicidade, surgiu a tese de tipo como um ‘tipo de injusto’, para a qual todo tipo é em si mesmo necessariamente um fato injusto; se o fato é típico, também é injusto; se o fato é típico é, por necessidade, antijurídico; por tanto, o tipo é *ratio essendi*, ou seja, a razão de ser da antijuridicidade, pois desta maneira, em vez de uma ação típica e antijurídica, deve-se falar em uma ação tipicamente antijurídica”. (LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *Tratado de Derecho Penal, tomo III: La tipicidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. p. 67 – Tradução livre).

³³⁸ “[...], sem romper com o conceito causal de ação penal, entendeu-se que deveria ser introduzida no conceito de delito a teoria dos valores de Kant. Esta corrente doutrinária do Direito Penal, denominada *neokantina*, manteve algumas das principais linhas gerais do causalismo. Assim, é também denominada de neo-causalismo”. (LOPES, Luciano Santos. *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2010. p. 85).

aceitação na atualidade.³³⁹ Essa aceitação certamente se deve ao caráter maleável da teoria, que se adapta tanto a concepções finalistas quanto funcionalistas.

A partir do pensamento de Adolf Merkel a teoria essencialista foi radicalizada, através do desenvolvimento da *teoria dos elementos negativos do tipo*. Com efeito, para esta concepção a tipicidade incorpora a antijuridicidade e suas causas de exclusão, que são requisitos negativos do tipo.³⁴⁰ Assim, caso apresente uma causa de exclusão da ilicitude, exclui-se, na verdade, a tipicidade.

A grande diferença entre esta concepção e a outra, do tipo de injusto, tida como moderada, reside no fato de que, na teoria dos elementos negativos do tipo, “é a antijuridicidade que se incorpora à tipicidade (as causas de exclusão da antijuridicidade seriam requisitos negativos do tipo; em consequência, o tipo legal previsto no art. 121 do CP deveria ser lido da seguinte maneira: matar alguém, salvo em legítima defesa, estado de necessidade etc.)”.³⁴¹

Isso fez com que as causas de justificação, que eram tidas por meramente objetivas, passassem a portar, também, um elemento subjetivo, já que, ao excluir a tipicidade, faziam parte do tipo. Assim, o agente, para que atuasse em legítima defesa, por exemplo, deveria ter consciência da sua conduta e, ainda, vontade de realiza-la.³⁴²

A teoria dos elementos negativos foi acolhida, durante algum tempo, por Claus Roxin, através da teoria do tipo total de injusto.³⁴³ Contudo, o autor alemão parece ter

³³⁹ Vide, como exemplo: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro – vol. 1*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 390 e ss.

³⁴⁰ “Para a *teoria dos elementos negativos do tipo*, iniciada, entre outros, por Adolf Merkel, seguida por Frank e defendida por Claus Roxin, o tipo abarca não só os elementos próprios da descrição da conduta proibida, mas também todas as circunstâncias a que se refere a antijuridicidade; todo tipo penal é, ademais de ser necessário, um ato materialmente injusto e, por isto, as causas de justificação são entendidas como elementos negativos do tipo; [...]”. (LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *Tratado de Derecho Penal, tomo III: La tipicidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. p. 70 – Tradução livre).

³⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 239.

³⁴² Sobre o tema, defendendo o elemento subjetivo das causas de justificação, vide: BARREALE, María A. Traperó. *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*. Granada: Comares, 2000.

³⁴³ LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *Tratado de Derecho Penal, tomo III: La tipicidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005. p. 70

modificado seu entendimento, ainda que de forma pouco evidente, em trabalhos mais recentes.³⁴⁴

No Brasil, foi acolhida por Miguel Reale Júnior, para quem “os tipos penais requerem a ausência de causas de exclusão, como elementos negativos do fato delituoso. Se se pretendesse dar uma autonomia à antijuridicidade, seria forçoso concluir que constitui antijuridicidade a ausência daquilo que se existisse ela deixaria de existir, em uma demonstração de que não tem a antijuridicidade autonomia, mas constitui a outra face da tipicidade”.³⁴⁵

Apesar de contribuir para a discussão acerca dos erros sobre as causas justificantes, a teoria dos elementos negativos do tipo merece diversos reparos.

No aspecto normativo, não podemos falar em “elemento negativo”, em algo que exclua a incidência de uma norma, mas apenas em elementos positivos de incidência. Presente uma causa de justificação, ela faz com que a norma não incida, e não com que a incidência da norma seja retirada, excluída.

No campo da dogmática do Direito Penal, o fato de a teoria unir, num só conceito, categorias tão distintas, como a tipicidade e a ilicitude, lhe trouxe graves problemas. A partir do momento que se considera as excludentes da ilicitude como causas de atipicidade, há de se concluir que uma conduta justificada é meramente atípica. Assim, o homicídio praticado em legítima defesa não pode ser considerado típico, nem mesmo na perspectiva mais rasa de tipicidade como subsunção.

Além disso, estender o elemento subjetivo do tipo às causas de justificação é algo absolutamente despropositado e que pode conduzir a diversos equívocos. O dolo do agente não pode abarcar todas as causas de exclusão da ilicitude. Explicando melhor, não há como na conduta de um homicídio (art. 121 do Código Penal), por exemplo, o dolo do agente abarcar, além do “matar alguém”, o fato de não estar agindo em estado de necessidade, legítima defesa etc.

³⁴⁴ “Roxin, ao explicar as categorias do delito, parece conceber a existência do injusto penal em termos um pouco diversos daquele aqui sustentado. Ele assim afirma, após conceituar ação e tipo: ‘en este tercer ‘escalón del delito’ debería hablarse de ‘injusto’ e no de mera ‘antijuridicidad’.’ Ele explica que, pelo fato de não considerar a ilicitude uma categoria específica do Direito Penal (é de toda a ordem jurídica), o injusto é que deve conter os conceitos de ação e de tipo penal.” (LOPES, Luciano Santos. *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2010. p. 27).

³⁴⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 145.

3.2. A TEORIA DA ILICITUDE DO SISTEMA

Todas as teorias desenvolvidas para tratar da relação entre a tipicidade e a ilicitude parecem padecer do mesmo mal: foram criadas a partir do Direito Penal, isto é, observando o Direito (como sistema) através do Direito Penal. Ainda que algumas propugnem pela existência de uma ilicitude “geral”, outras apenas pela existência de uma ilicitude específica, todas elas colocam a ilicitude penal em primeiro plano.

As sanções do Direito Penal certamente são as mais graves de todo ordenamento, podendo até mesmo chegar à pena de morte no caso do Direito Penal Militar³⁴⁶, mas este fato não é suficiente para qualificar sua ilicitude como a preponderante. Pelo contrário, como o Direito Penal traz as sanções mais graves, deve ele ser o último instrumento a se valer o Direito para proteger os interesses intersubjetivos da sociedade.

Nessa medida, a ilicitude penal não pode ser vista de maneira isolada ou mesmo com o “fundamento” da ilicitude dos demais ramos do Direito. É ela a consequência de uma ilicitude que emana dos outros ramos do Direito.

Não negamos aqui a existência de uma ilicitude propriamente penal (que alguns denominam de antinormatividade). A ilicitude penal propriamente dita é a consequência da tipicidade de um fato que é considerado ilícito por outro ramo do ordenamento jurídico.

Sendo assim, a partir do momento em que um fato é considerado ilícito para o Direito (dito cível ou não penal), surge a possibilidade para que a conduta seja considerada crime, desde que exista a tipicidade. A partir da conjunção destes dois elementos ocorre a incidência da norma de conduta da norma penal, fazendo com que surja uma ilicitude propriamente penal que, associada à norma de sanção, dará origem à norma penal “completa”.

Este tema é tratado muitas vezes associado ao Direito Administrativo ou ao Direito Ambiental, contudo, ele deve ser ampliado para todos os ramos do Direito, não se

³⁴⁶ Sobre o tema, cf. COIMBRA NEVES, Cícero Robson; Streifnger, Marcello. *Manual de Direito Penal militar*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 459.

restringindo aqueles onde existe uma certa acessoriedade administrativa, ainda que seja mais importante nestes.

Para tanto, antes de adentrarmos o estudo da ilicitude do sistema, estudaremos os seus dois paradigmas que são a unidade do sistema jurídico e o Direito Penal como *ultima ratio*.

3.2.1. A unidade do sistema jurídico

Um dos dogmas do estudo atual do Direito é a ideia de que ele é um sistema unitário.³⁴⁷

Em detrimento da crescente segmentação do direito e da falta de unidade interpretativa, desenvolveu-se a partir da segunda metade do século XIX,³⁴⁸ a ideia de unidade do direito.³⁴⁹

O Direito, que antes era visto segmentado em vários ramos, com regras e princípios próprios, passou a ser considerado um grande sistema linguístico, onde as subdivisões são meramente didáticas.³⁵⁰ Assim, hoje não é mais possível se falar na clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, ainda que se possa dividir o sistema jurídico em vários ramos para fins de estudo.³⁵¹

³⁴⁷ Alguns doutrinadores afirmam que o Direito é um sistema “uno e indivisível”. A unidade diria respeito àquilo que denominamos “unidade das fontes” e a indivisibilidade àquilo que denominamos “coerência”. Porém, ainda que não haja propriamente uma redundância em se afirmar que se é “uno e indivisível”, tratando-se de um reforço retórico, devemos denominá-lo apenas de uno ou unitário.

³⁴⁸ Segundo Friedrich Müller, a ideia de unidade do direito surgiu na segunda metade do século XIX, na época do racionalismo, que antecedeu o positivismo. (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Trad. Ana Paulo Barbosa-Fohrmann *et alii*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 101 e ss.).

³⁴⁹ Como bem anota Bernd Rüthers, a unidade do ordenamento pode ser entendida, de maneira mais ampla, como unidade do sistema jurídico, ou de maneira mais estrita, como unidade de um subsistema jurídico, decorrente da codificação, como ocorre com o Direito Civil, por exemplo (RÜTHERS, Bernd; *et alii*. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011. p. 461 e ss.); aqui o termo será sempre empregado como unidade do sistema jurídico.

³⁵⁰ Sobre o Direito como sistema, *vide*: BRAUN, Johann. *Einführung in die Rechtsphilosophie*. 2ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 342 e ss.; Gonçalves, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza: horizontes críticos para a teoria dos sistemas*. São Paulo: Saraiva, 2013; LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito – vol. III*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Matins Fontes, 2011. p. 237 e ss.

³⁵¹ “Pela simples razão de não poder existir regra jurídica independente da totalidade do sistema jurídico, a autonomia (no sentido de independência) de qualquer ramo do direito positivo é sempre e unicamente

Com efeito, a hermenêutica jurídica passou a construir os enunciados normativos como um todo unitário, onde outros ramos do direito trazem os significados da norma a ser interpretada. Falamos aqui, diversas vezes, do termo “tributo”, que deve ser interpretado, na construção das normas penais, no sentido que lhe é dado pelo Direito Tributário. O intérprete não é livre para construir o sentido que bem entender.

Nessa medida, o direito é uma grande rede, onde as iterações hipotéticas entre signos, significado e significação ocorrem de maneira finita, porém incontável. É o Direito um grande sistema, onde tudo está ligado³⁵², e isto deve ser considerado pelo intérprete no momento da construção do sentido da norma, qualquer norma, não só da norma penal.³⁵³

Dizer que o Direito é um sistema não significa dizer que é ele um sistema absolutamente fechado, mecânico. É pois um sistema linguístico e, por isto, sujeito aos fenômenos da variação, mutação e conflito. Assim, não é o direito pátrio absolutamente alheio ao Direito Comparado ou ao Direito Internacional que, apesar de emanarem de fontes que não pertencem ao nosso ordenamento, podem alterar a construção do sentido da norma jurídica.

Na hermenêutica constitucional, a ideia de unidade é muito bem trabalhada através do princípio da unidade da Constituição, que significa “que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre suas normas”.³⁵⁴

No Direito Penal, a doutrina alemã, nos trabalhos de Claus Roxin³⁵⁵ e Günther Jakobs³⁵⁶, por exemplo, estuda a relação entre unidade do sistema e ilicitude de maneira bem sólida, através de indagações relevantes e da formulação de critérios consistentes de

didática”. (BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007. p. 31).

³⁵² Sobre a unidade do Direito e a ideia de sistema, vide: NEVES, António Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen). In: *Estudos em homenagem ao professor J. J. Teixeira Ribeiro II*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1979.

³⁵³ Na *práxis* jurídica, contudo, parece que a ideia de um sistema uno e indivisível é utilizada apenas para fins retóricos, meramente semânticos, onde se diz sobre a unidade apenas para fundamentar uma interpretação que é, muitas vezes, desvinculada de qualquer ideia de sistema do Direito.

³⁵⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1223.

³⁵⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 613 e ss.

³⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlim: De Gruyter, 1993. p. 351 e ss.

associação, situação que não se repete no Brasil, onde os manuais ignoram um estudo mais apurado do tema.³⁵⁷

Com isso, é possível avançar mais no estudo do tema, compartimentando a unidade do sistema jurídico em dois conceitos complementares: unidade como unidade das fontes e unidade como coerência.

3.2.1.1. Unidade como unidade das fontes

As normas jurídicas não são solitárias, sozinhas, pertencem a um sistema jurídico, denominado ordenamento.³⁵⁸ O ordenamento nada mais é do que uma relação das diversas fontes do Direito, capaz de produzir mensagens legislativas. São tanto fontes do direito aqueles capazes de emitir a mensagem legislativa, como a lei e os costumes, quanto aquelas que recebem a mensagem legislativa e constroem seu sentido, como é o caso da jurisprudência e da doutrina.

Esse sistema é unitário. Não se admite a existência de uma fonte que esteja fora do sistema. Não significa que o direito não esteja aberto à interpretação através de postulados dos outros ramos do pensamento humano, como a sociologia, a Filosofia e a linguística, mas que todas as fontes do Direito, uma vez produzidas, são incorporadas ao ordenamento.

Assim, por exemplo, um costume jurídico, que como dissemos, tem natureza de modelo-tipo e é gestado de forma “espontânea”, ao ser criado, é incorporado ao sistema jurídico (ordenamento), e passa a influenciar a interpretação de outras normas jurídicas.

Da ideia de unidade das fontes também decorre a de que o direito é indecomponível. Ainda que se possa subdividir esse sistema linguístico em diversos ramos, trata-se de uma separação meramente didática, realizada com a finalidade de facilitar o estudo das diversas normas, já que a hermenêutica jurídica nunca poderá ser cindida.

³⁵⁷ Apesar dos manuais ainda ignorarem o estudo, existem excelentes trabalhos sobre o tema, especialmente fundados na doutrina alemã, como o de Helena Regina Lobo da Costa (*Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010).

³⁵⁸ “[...], as normas jurídicas não existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas que guardam relações particulares entre si [...]. Esse contexto de normas costuma ser chamado de ‘ordenamento’”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011. p. 35).

3.2.1.2. Unidade como coerência

A unidade do sistema jurídico não pode ser entendida apenas como a unidade das fontes do direito. Deve ser, também, entendida como a coerência do sistema, isto é, como a inexistência de lacunas e antinomias.³⁵⁹

Diferentemente da classe, que é a associação realizada em torno de uma função proposicional, sem maiores rigores, o sistema é uma associação realizada de forma rigorosa, “sistemática”, através da criação de um conjunto coerente, harmônico. Sendo assim, o sistema não pode conter falhas (lacunas ou antinomias), sob pena de que não se operacionalize, não podendo ser mais considerado um sistema, mas uma mera associação (princípio da não contradição).

É por isto que as lacunas e antinomias são apenas aparentes, hipotéticas. O próprio sistema cria ferramentas para resolver as falhas que surgem no seu desenvolvimento e operação, não só nos sistemas ditos sociais (como o direito) ou linguístico, mas também nos sistemas mecânicos (cibernéticos).

Com efeito, para que o sistema jurídico tenha validade, se faz necessário que no seu interior não existam quaisquer lacunas ou antimonias, pois tais fenômenos invalidam o seu caráter de sistema.³⁶⁰ Os elementos que compõem o sistema do direito são ligados, interdependentes, e “se houver incongruência entre eles, temos quebra da isomorfia e lacuna, se houver conflito dentro do sistema normativo, temos antinomia”.³⁶¹

A lacuna, assim, é a existência de uma situação da vida que não é disciplinada pelo Direito. Seu estudo é muito importante para os ramos onde é possível a construção de elementos com características de modelo-tipo, como os costumes e a própria analogia,

³⁵⁹ “O princípio da unidade do ordenamento jurídico não deve fazer esquecer que cada um dos setores deste, além de atender à finalidade geral, ou seja, garantir as condições de existência interna e externa de uma comunidade, há de satisfazer fins especiais derivados desses fins gerais e ligados às peculiaridades de sua matéria de regulação. É nesse contexto em que se deve entender a proibição de contradições valorativas, e com maior razão, normativas, atribuídas a tal princípio”. (RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011. p. 23 – tradução livre).

³⁶⁰ Sobre esses fenômenos, *vide*: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. Berlin: Ducker&Humblot, 1964; RÜTHERS, Bernd; *et alii*. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011. p. 489 e ss.

³⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24.

como o Direito Civil e o Direito Empresarial, mas tem pouca importância para o Direito Penal, onde esse tipo de construção é proibida.

Já as antinomias são hipóteses em que ocorre um conflito entre os relacionais deônticos, por nós estudados na primeira parte de nossa obra (obrigatório, permitido e proibido). Não pode o Direito, ainda que em ramos distintos, obrigar e proibir a mesma conduta, sob pena de cair em insofismável contradição.

O tema das lacunas e antinomias será melhor trabalhado ao se estudar sobre a questão da colisão de deveres (ou conflito de deveres) nos crimes de infração de dever.³⁶²

Nesta parte deste trabalho, para efeito da construção de uma teoria sistemática da ilicitude, é importante destacar o fato de que o direito é coerente, isto é, que ele não contém lacunas ou antinomias, salvo as aparentes, que são prontamente resolvidas pelas ferramentas apresentadas pelo próprio sistema.

3.2.2. O Direito Penal como *ultima ratio*

O sistema do direito é composto por uma série de normas jurídicas com diferentes espécies de sanção. As sanções se diferenciam tanto na qualidade quanto na intensidade, havendo sanções mais brandas e mais graves. Nessa medida, o Direito Penal é aquele que apresenta as sanções mais graves do ordenamento jurídico, que são as penas privativas de liberdade.

Ainda que se diga que existem penas “civis” graves, como multas de altíssimo valor ou até mesmo a extinção forçada da pessoa jurídica, que equivaleria a uma “pena de morte da entidade personalizada”,³⁶³ essas penas têm caráter patrimonial, diferentemente da pena “criminal”, que se dá sobre o corpo do condenado, que é privado de um dos seus direitos mais elementares, que é o direito à liberdade de locomoção ou mesmo o direito à vida, como pode ocorrer no caso de alguns crimes militares em tempo de guerra.

³⁶² Vide item “2.4.5. Colisão de deveres” da Terceira Parte.

³⁶³ “Em relação à dissolução compulsória da pessoa jurídica, é medida das mais graves previstas na Lei n. 12.846/2013. Trata-se, na verdade, da correspondente à pena de morte para a pessoa natural. [...]”. (PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Noman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98).

Sendo assim, o Direito Penal deve ser a última fronteira do direito e só deve atuar em face das condutas mais graves, quando nenhum outro ramo do direito for capaz de impedir ou de fomentar determinado comportamento.³⁶⁴ Em sentido inverso, se algum outro ramo do direito é capaz de aplicar uma sanção mais adequada, o Direito Penal deve ser deixado de lado.³⁶⁵

A perspectiva do Direito Penal como *ultima ratio* se aperfeiçoa através do princípio da intervenção mínima (na vertente da subsidiariedade),³⁶⁶ que estabelece que “o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa”.³⁶⁷ Este princípio está atrelado fortemente ao funcionalismo teleológico-racional e a algumas correntes mais modernas do finalismo, contudo não é incompatível com as posições sistêmicas (normativismo sistêmico). Com efeito, adotar ou não uma teoria do bem jurídico em nada influi na conclusão de que as sanções trazidas pelo Direito Penal são as mais graves do ordenamento.

Contudo, a ideia de intervenção mínima possui um caráter muito mais retórico do que efetivamente hermenêutico (e prático), na medida que a doutrina, apesar de acolher de maneira quase absoluta o princípio, muito pouco dele se utiliza para discutir a relação do Direito Penal com os demais ramos do ordenamento jurídico.

³⁶⁴ “Ele [*Hans Ludwig Günther*] não supõe negar a unidade do ordenamento nem, portanto, certas relações lógicas necessárias entre o Direito penal e outros setores jurídicos. Assim, dada a função protetora do Direito penal frente aos ataques mais graves civis ou administrativos, o que for definitivamente considerado ilícito penal deverá ser igualmente considerado ilícito no setor jurídico originário, seja civil ou administrativo; do mesmo modo, aquilo que inicialmente sendo ilícito no Direito civil ou administrativo, é permitido por estes setores, deverá ser permitido também pelo Direito penal. Esta última fará com que as causas de exclusão civis ou administrativas diversas das penais, ou análogas a elas, porém com maior amplitude, devam ser aplicadas diretamente ao Direito penal. ((RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011. p. 43 – tradução livre e anotações nossas).

³⁶⁵ Nesse sentido, Jesús-María Silva Sánchez divide o princípio da subsidiariedade em duas grandes manifestações: “Uma, externa: deve-se prescindir da cominação e da sanção penal sempre que, no caso concreto, seja possível esperar similares (ou superiores) efeitos preventivos da intervenção de meios menos lesivos, como, por exemplo, medidas estatais de polícia social, sanções típicas de Direito civil, de Direito administrativo ou até mesmo meios não jurídicos de controle social (soluções privadas ou sociais do conflito). [...]. A outra manifestação é a interna: deve-se prescindir de determinada sanção penal sempre que seja possível esperar similares efeitos preventivos de outra sanção (ou consequência jurídica não sancionadora) penal menos gravosa”. (*Aproximação ao Direito Penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 379).

³⁶⁶ O princípio da intervenção mínima pode ser dividido em duas vertentes: fragmentariedade, que aponta que o Direito Penal não deve intervir de modo indistinto, e intervenção mínima, que aponta que o Direito Penal só deve atuar quando os demais ramos do direito se verem incapazes diante da conduta. (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 55 e ss.).

³⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro – vol. 1*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 171.

Ainda que haja uma grande discussão sobre o tema na doutrina estrangeira³⁶⁸, no Brasil, os manuais muito pouco ou nada dizem a respeito. Contudo, em nosso País, a discussão começou a avançar através de trabalhos que estudam a relação entre o Direito Ambiental³⁶⁹ e o Direito Administrativo³⁷⁰ e o Direito Penal.

Nesses ramos do direito, onde impera a chamada acessoriedade administrativa³⁷¹, a relação entre o Direito Administrativo (ou Ambiental ou Eleitoral, que são derivações daquele ramo) é bastante evidente: as sanções são tão próximas que se discute que a punição noutro ramo do Direito não geraria um inaceitável *bis in idem* no Direito Penal.

Contudo, em outros ramos, a relação é bem menos direta, como ocorre por exemplo com o Direito Civil ou mesmo no Direito Tributário que, ainda que seja uma evolução do Direito Administrativo e com ele guarde muitas semelhanças, traz uma acessoriedade menos evidente.

É por isso que se deve avançar no estudo da ilicitude com fundamento na ideia de Direito Penal como *ultima ratio* (e também na unidade do sistema), estudando até que ponto a ilicitude no Direito Penal é dependente da ilicitude doutros ramos do Direito e se esta dependência conduziria ao *bin in idem*.

3.2.3. A ilicitude penal como ilicitude do sistema

O estudo da relação entre a ilicitude penal e a ilicitude do sistema ainda se encontra muito vinculado ao Direito Processual Penal, ao estudo da influência da prova penal na ação civil *ex delicto*. Com razão, as normas dos arts. 65 e 66 do Código de Processo Penal e a norma do art. 126 da Lei n.º 8.112/90 dispõem sobre as hipóteses em que o juízo cível estará vinculado à sentença penal.

³⁶⁸ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlin: De Gruyter, 1993. p. 351 e ss; ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 613 e ss.

³⁶⁹ Costa, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁷⁰ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013.

³⁷¹ A acessoriedade (ou assessoriedade) administrativa “é o preenchimento a elementos do tipo penal por meio de conceito, normas ou atos oriundos do direito administrativo”. (Costa, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65).

Contudo, muito além das consequências processuais, há de se discutir sobre a efetiva existência de uma independência das esferas no direito material.

Apesar de muitas normas propugnarem pela independência das esferas penal, civil e administrativa, se entendermos que o Direito é um sistema unitário e que o Direito Penal é sua *ultima ratio*, só podemos chegar à conclusão de que a ilicitude penal é dependente da ilicitude dos demais ramos do Direito.

Sendo assim, só há como se considerar penalmente ilícita uma conduta que é ilícita para outro ramo do Direito e, a contrário senso, há de se considerar penalmente lícita uma conduta que é lícita para os demais ramos do Direito.

Günther Jakobs, estudando de forma minudente o tema, propõe duas soluções possíveis para a resolução dos conflitos entre a ilicitude penal e a ilicitude geral em face da unidade do sistema.

A primeira se aplicaria nas hipóteses em que as duas situações ilícitas têm “objetos idênticos e ocorrem em situações idênticas”.³⁷² Nessa hipótese, haveria de se aplicar, a todos os casos o mesmo padrão de interpretação, preservando-se a unidade do sistema jurídico. Já a segunda solução ocorre nas hipóteses em que a apreciação da ilicitude, que pertence a diferentes campos jurídicos, se dá em face de objetos e contextos diferentes. Nessas hipóteses, o autor afirma que não é possível “se afirmar ou excluir a existência de uma unidade”³⁷³, contudo, nas hipóteses em que houver uma causa de justificação extrapenal (v.g., do Direito Civil), esta poderá ser estendida ao Direito Penal.

Em que pensem os ensinamentos do mestre alemão, o estudo da ilicitude como sistema em razão da unidade do sistema jurídico pode avançar ainda mais a partir da inserção da ideia de Direito Penal como *ultima ratio*. Com efeito, se o sistema é uno e se o Direito Penal é o último instrumento de que dispõe este para tutelar as condutas consideradas mais graves, uma conduta somente poderá ser considerada penalmente ilícita caso, previamente, seja ilícita para outro ramo do Direito.

Construindo uma metáfora, podemos dizer que a ilicitude penal é o último degrau da ilicitude e, sendo assim, para que uma conduta possa ser considerada penalmente ilícita

³⁷² JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlim: De Gruyter, 1993. p. 352 – Tradução livre

³⁷³ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlim: De Gruyter, 1993. p. 353 – Tradução livre

tem de, antes, ser considerada ilícita por outro ramo do ordenamento jurídico, como se a ilicitude da conduta subisse na escada.

Nessa medida, é possível a existência de condutas que sejam ilícitas para outros ramos do Direito, mas que sejam indiferentes (atípicas) ou lícitas para o Direito Penal (caso não ocorra a incidência da ilicitude penal em razão da existência de uma excludente da ilicitude, por exemplo).³⁷⁴

Além disso, existem hipóteses em que a sanção da norma extrapenal, decorrente do ilícito civil, é tão próxima (ou até mais grave) que a sanção decorrente da norma penal, que a punição pelo Direito Penal, além daquela ofertada pelo ramo civil, conduziria a um inaceitável *bis in idem*.

Feitas essas considerações, devemos cindir o estudo da ilicitude penal como ilicitude do sistema em dois itens. No primeiro, estudaremos aquelas hipóteses genéricas, em que a ilicitude penal há de ser uma decorrência da ilicitude do sistema, sem que, contudo, haja uma semelhança ou identidade entre as sanções da norma extrapenal e da norma penal. No segundo, nos debruçaremos sobre aquelas hipóteses em que a sanção penal e sanção extrapenal são de tal forma semelhantes que a dupla punição conduziria ao *bis in idem*.

3.2.3.1. A ilicitude penal como consequência da ilicitude extrapenal

Como o Direito Penal é a última “linha de defesa” (*ultima ratio*) do sistema jurídico contra as violações mais graves de seus postulados, e este sistema é uno, a ilicitude penal tem de ser uma consequência da ilicitude extrapenal, naquilo que denominamos ilicitude do sistema. Assim, para que uma conduta possa ser considerada ilicitamente penal, ela tem de ser considerada, antes, um ilícito civil.³⁷⁵

³⁷⁴ A única exceção a esta regra diz respeito aos crimes de infração de dever, onde a ilicitude extrapenal conduz, necessariamente, à ilicitude penal, o que será por nós estudado em capítulo próprio, na terceira parte deste trabalho.

³⁷⁵ Empregamos, aqui, o termo “ilícito civil” como sinônimo de ilícito não penal ou extrapenal, que pode ser proveniente do Direito Civil, do Direito Administrativo, do Direito Processual ou de qualquer outro ramo do Direito.

Em apertada síntese podemos dizer que, nas hipóteses em que a conduta é considerada lícita (porque permitida ou obrigada) para os demais ramos do Direito, não pode ela ser considerada ilícita para fins penais.

O fenômeno da ilicitude do sistema deve ser avaliado em dois momentos: no momento da elaboração legislativa e no momento da aplicação da pena.

No momento da elaboração legislativa, quando o legislador constrói o enunciado da lei geral e abstrata de natureza penal (tipo penal), deve observar se a conduta a ser sancionada é considerada ilícita pelo sistema jurídico. Deve o legislador consultar os demais ramos do Direito e verificar se, ali, a conduta é sancionada e se apenas aquele meio de punição não penal não é suficiente para tutelar a conduta.

Caso se constate que ramo extrapenal do Direito é insuficiente para regular o comportamento, deve elaborar o tipo penal.

Sendo assim, não pode o legislador elaborar tipos penais “autônomos”³⁷⁶, que tutelam comportamentos que são permitidos e obrigados pelos demais ramos do Direito, sob pena de fazer com que o sistema jurídico deixe de ser um sistema, na medida em que restará contraditório.

De qualquer forma, isso não significa que as sanções (penal e extrapenal) devam ser idênticas, pelo contrário, já que a sanção penal há de ser qualitativa e quantitativamente diferente, sob pena de *bis in idem*.

Já no momento da aplicação da penal, isto é, da criação da norma penal individual e concreta, deve o magistrado observar se a conduta em concreto é considerada concretamente ilícita para outro ramo do Direito. Não basta que seja um ilícito extrapenal em tese, pois, para que a norma penal possa incidir, há de, antes a conduta ser considerada ilícita para outro ramo do Direito, através da incidência da norma extrapenal.

³⁷⁶ Existem alguns crimes que aparentam ser apenas ilícitos penais como, por exemplo, o falso testemunho (art. 342, *caput*, do Código Penal) e o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei n.º 11.343/06). Contudo, esta situação é apenas aparente.

No crime de falso testemunho, a conduta viola o regramento processual sobre o depoimento da testemunha, especialmente no que diz respeito ao compromisso prestado (art. 415, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 203 do Código Processo Penal, dentre outros diplomas processuais); já no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, há a violação de uma norma administrativa que regula a matéria.

Isso não significa que todos os crimes sejam crimes de infração de dever, onde a norma extrapenal faz parte da estrutura normativa da norma penal³⁷⁷, pois ainda subsiste a independência das estruturas normativas e a relativa independência da ilicitude penal que, apesar de ser decorrência da ilicitude do sistema, não é absolutamente dependente da ilicitude extrapenal. Em outras palavras, nos crimes de infração de dever, a ilicitude extrapenal é a ilicitude penal, enquanto nos demais crimes, a ilicitude extrapenal pode conduzir à ilicitude penal.

Sendo assim, ainda que seja possível a instauração do processo penal sem que haja a incidência da norma extrapenal, que pode estar sendo apurada concomitantemente em outro processo de natureza civil, a incidência da norma penal demanda a incidência anterior na norma de natureza não penal, pois é só a partir deste fenômeno que surge a ilicitude do sistema que dá ensejo à ilicitude penal.

Imagine o exemplo de uma ação civil pública proposta para apurar a ocorrência de determinado dano ambiental. Julgado o mérito desta ação, com o reconhecimento de que não houve tal dano, não haveria como se propor ação penal por crime de poluição (art. 54 da Lei n.º 9.605/98), pois se a conduta não é nem mesmo ilícita para o Direito Ambiental, também não poderá sê-lo para o Direito Penal.

Na mesma situação, se com fundamento da independência das esferas, a ação penal é proposta concomitantemente à ação civil pública que, após o trânsito em julgado da primeira (com a consequente condenação criminal), é julgada improcedente, com a declaração de que não houve nem mesmo o ilícito ambiental. Tal situação seria um verdadeiro absurdo que conduziria à injustiça.

No mesmo sentido é o caso da ação de prestação de contas que é julgada procedente. Com efeito, apesar de a doutrina e a jurisprudência serem unânimes no sentido de que o crime de apropriação indébita (art. 168, *caput*, do Código Penal) não depende da prévia ação prestação de contas, caso a ação civil seja julgada procedente e as contas consideradas válidas, não há como se falar na prática de crime, já que o fato não é nem mesmo um ilícito civil.

³⁷⁷ Sobre os crimes de infração de dever, seu conceito e estrutura normativa, *vide*, na Terceira Parte, item “2.4. Crimes de infração de dever”.

Também nesta situação se enquadram as diversas hipóteses de crimes funcionais e crimes eleitorais relacionados à prestação de contas realizadas perante o Tribunal de Contas e a Justiça Eleitoral. Nestas hipóteses, caso as contas sejam aceitas, julgadas procedentes, não há que se falar na prática de crime pois nem mesmo haveria ilícito administrativo ou eleitoral.

Por fim, no mesmo sentido são as hipóteses em que uma conduta aparentemente considerada ilícita por outro ramo do Direito é acobertada por uma causa de justificação daquele sistema.³⁷⁸

As conclusões extraídas destes exemplos deixam clara a posição defendida neste trabalho, que é a da existência de uma ilicitude do sistema jurídico, ainda que se possa falar em uma ilicitude própria do Direito Penal para fins do estudo das causas de exclusão.

Sendo assim, se uma conduta é considerada permitida ou obrigatória por outro ramo do Direito, não se pode considerar esta conduta como ilícito penal, sob pena de se violar a unidade do sistema jurídico e a ideia de intervenção mínima. Em sentido contrário, caso ela seja ilícita para outro ramo do Direito, poderá também o ser para o Direito Penal.

Contudo, cabe destacar que a ilicitude do sistema jurídico, apesar de ser uma causa necessária para a ilicitude penal, com ela não se confunde. Com efeito, existirá ainda uma ilicitude propriamente penal, que poderá corrigir eventuais problemas surgidos no momento da incidência da norma penal³⁷⁹, através da aplicação de institutos como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e a obediência hierárquica, que, apesar de disciplinados pelo Direito Civil e pelo Direito Administrativo, por exemplo, encontram notas próprias no Direito Penal.

Assim, mesmo que o funcionário público que atuou, por exemplo, em obediência hierárquica possa ser punido no âmbito administrativo, em razão das peculiaridades da

³⁷⁸ No mesmo sentido é a lição de Günther Jakobs, para quem “se externamente ao Direito Penal, elabora-se uma norma de justificação de maneira que o objeto e o contexto tenham absoluta identidade com o contexto a ser decidido pela norma penal, esta também terá validade no âmbito do Direito Penal”. (JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlim: De Gruyter, 1993. p. 353 – Tradução livre).

³⁷⁹ É análoga a posição de José Luis Díez Ripollés: “Na realidade, o que ocorre é que, da antijuridicidade geral selecionam-se as condutas típicas, intervindo logo a antijuridicidade penal como corretora dos resultados obtidos no tipo. Esta forma de proceder cria uma relação especial entre a antijuridicidade penal e a geral, que possibilita um tratamento diferenciado da conduta sem incorrer em contradições valorativas e normativas”. (*La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011. p. 30).

ilicitude daquele subsistema, poderá não ser punido pelo Direito Penal, caso estejam presentes todos os elementos que autorizam a incidência da excludente de obediência hierárquica.

Certamente que nossa posição encontra muito pouco respaldo na doutrina, contudo, dizer o contrário, argumentando pela independência das esferas, é se coadunar com a mais grave das injustiças que o Estado pode cometer num regime democrático, que é a condenação de um inocente.

3.2.3.2. Ilicitude penal, ilicitude extrapenal e *bis in idem*

Apesar da ilicitude penal pressupor a existência da ilicitude extrapenal, as sanções advindas da incidência da norma penal são, em regra, diversas daquelas advindas da norma não penal. Contudo, em alguns casos, a sanção da norma extrapenal é qualitativa e quantitativamente muito semelhante ou, até mesmo idêntica à sanção da norma penal.

Esse fenômeno é muito comum naquelas hipóteses em que o Direito Penal se aproxima do Direito Administrativo. Nessas hipóteses, como as sanções penais são muito “brandas”, muitas vezes se consubstanciando em penas alternativas ou multa, e as sanções administrativas muito elevadas, elas se assemelham ou, até mesmo, em alguns casos, a sanção administrativa é mais grave do que a sanção penal.

Também podemos observar este fenômeno com bastante evidência no caso da punição penal das pessoas jurídicas. Em que pese a punição dos entes abstratos ser absolutamente incompatível com o Direito Penal³⁸⁰, que é um só e não admite cisão entre “Direito Penal clássico” e “Direito Penal moderno”³⁸¹, o fenômeno é uma realidade.³⁸²

³⁸⁰ Sobre o tema, ainda que com conclusões diversas das nossas, *vide*: VIANA FILHO, Flávio. Responsabilização criminal da pessoa jurídica: justificação autopoiética. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (orgs.). *Direito Penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 201 e ss.

³⁸¹ O “Direito Penal clássico” seria aquele de viés humanista, focado nas garantias do cidadão, enquanto o “Direito Penal moderno” seria aquele focado na eficiência da punição, independentemente da violação de garantias ou da punição da pessoa jurídica. Sobre o tema, *vide*: DAVID, Décio Franco. *Fundamentação principiológica do Direito Penal econômico: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2014. p. 102 e ss.

Uma leitura atenta da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98) demonstra que, as sanções penais aplicáveis aos crimes ambientais cometidos pelas pessoas jurídicas (arts. 21, 22 e 23) são as mesmas aplicáveis às infrações administrativas (art. 72). Como se considerada ilícito administrativo ambiental “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente” (art. 70), todo crime ambiental é, também, uma infração de administração ambiental.³⁸³

Nessa medida, caso uma pessoa jurídica polua o meio ambiente e seja condenada, no âmbito administrativo, ao pagamento de multa (art. 72, II) e, no âmbito penal, também ao pagamento de multa (art. 21, I), incorreria na mesma punição pelo mesmo fato.

Como se sabe, no Direito Penal é vedada a dupla punição pelo mesmo fato, denominada de *bis in idem*.

Para que haja a dupla punição pelo mesmo fato, tem de haver a “tríplice identidade”, que é a identidade entre sujeito, fato incriminado e fundamento da incriminação.³⁸⁴ Sendo, assim, não basta que exista identidade entre as sanções do Direito Penal e do Direito Administrativo (ou de qualquer outro ramo não penal), sendo necessária a tríplice identidade.

Com efeito, as sanções penal e extrapenal são sempre qualitativamente equivalentes, havendo apenas diferença na quantidade, como ocorre na aludida hipótese dos crimes ambientais.

Hipótese mais tormentosa, contudo, diz respeito àqueles casos em que as sanções são qualitativamente diversas, apesar de punirem a mesma conduta. É de se indagar se, naquelas hipóteses em que o ramo não penal pune com pena de multa, por exemplo, e o

³⁸² A responsabilidade penal da pessoa jurídica é admitida em nosso ordenamento pela norma do art. 225, §3º, da Constituição Federal e pela norma do art. 3º da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98).

³⁸³ Como bem anota Helena Regina da Costa nas conclusões de sua obra, “ não há diferenças ontológicas entre as condutas consideradas ilícitas no âmbito administrativo e na esfera penal. Tanto o crime quanto o ilícito administrativo são conceitos normativos, produtos de uma definição. Normativamente, o ilícito penal exige o atendimento de uma série de requisitos para se perfazer, enquanto o ilícito administrativo é limitado por alguns critérios diversos dos adotados no direito penal. [...]”. (*Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 249).

³⁸⁴ “O conteúdo penal substancial do *ne bis in idem* exige a concorrência da denominada tríplice identidade ente *sujeito* (identidade subjetiva ou de agentes), *fato* (identidade fática) e fundamento (necessidade de se evitar a dupla punição, quando o desvalor total do fato é abarcado por apenas um dos preceitos incriminadores), o que implica maior precisão conceitual, que vai além da tradução literal do brocardo latino de não ser punido duas vezes pelo mesmo fato. [...]”. (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro – vol. 1*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 185)

Direito Penal, com pena privativa de liberdade, haveria dupla punição pelo mesmo fato caso ocorresse a tríplice identidade.

Caso a resposta fosse afirmativa, não haveria razão de existir para o Direito Penal, pois, como todos os crimes, antes de serem ilícitos penais, são ilícitos extrapenais, sempre que houvesse uma pena criminal haveria *bis in idem*. Contudo, é de se observar que, em muitas hipóteses, apesar de não se poder falar em *bis in idem*, o Direito Penal é utilizado apenas de maneira simbólica, como reforço da punição trazida por outro ramo do Direito.³⁸⁵

Nessa hipótese, sendo a punição do ramo extrapenal suficiente para punição da conduta ilícita, não há necessidade de aplicação da pena criminal, por lhe faltar a necessidade de prevenção especial. Contudo, o tema é complexo e foge do objetivo destas indagações, que é discutir a ilicitude do sistema, devendo ser melhor trabalhado num estudo monográfico.

³⁸⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 109 e ss.

TERCEIRA PARTE

HERMENÊUTICA LINGUÍSTICO-ESTRUTURANTE

APLICADA

INTRODUÇÃO

A essência de uma teoria é ser aplicada. De nada adianta construir a mais complexa das teorias se não se demonstrar qual sua aplicação prática. No Direito, que é uma ciência prática, esta afirmação é ainda mais evidente na medida em que todo o sistema jurídico, incluindo a doutrina, se desenvolve em torno de casos, concretos ou hipotéticos.

Assim, nesta terceira e última parte do trabalho, busca-se aplicar os preceitos da hermenêutica linguístico-estruturante.

Para tanto, primeiro discorre-se sobre a hermenêutica linguístico-estruturante do tipo, discorrendo sobre o atual estado da hermenêutica jurídica, a inaplicabilidade de um método absoluto de interpretação, a influência da política na interpretação e sobre a influência da mutação e da variação linguística na interpretação do Direito Penal.

O primeiro capítulo é desenvolvido como uma introdução ao que será dito no segundo, já que neste, busca-se estudar as leis penais incompletas. A partir da ideia de que a norma penal, construída pelo intérprete (através da interpretação), jamais é incompleta, estuda-se o fenômeno com fundamento na hermenêutica linguístico-estruturante.

Num primeiro momento, discorre-se sobre a questão da lei penal incompleta em sentido amplo, a forma mais genérica de lei penal incompleta para, depois, desenvolver-se os fundamentos e as peculiaridades, dogmáticas e lógicas, da lei penal em branco, dos crimes de infração de dever e dos crimes consequentes.

No terceiro e último capítulo, estuda-se o erro de tipo e o erro de proibição. A partir da constatação de que o erro de tipo é aquele que recai sobre o código da comunicação legislativa e o erro de proibição é o erro que recai sobre a mensagem legislativa, constrói-se uma nova perspectiva dos fenômenos com fundamento na hermenêutica linguístico-estruturante.

CAPÍTULO 1

HERMENÊUTICA LINGÜÍSTICO-ESTRUTURANTE DO TIPO PENAL

1.1. A HERMENÊUTICA JURÍDICA E SEU ESTADO DA ARTE

Num recente caso submetido a nossos tribunais e amplamente divulgado pela mídia especializada, um motorista de ônibus foi condenado pela prática do crime de descaminho (art. 334 do Código Penal) porque, realizando o itinerário entre cidade no território nacional e localidade no Paraguai, onde os passageiros realizam compras de mercadorias sem o devido pagamento do imposto de entrada, não teria identificado as bagagens dos passageiros e, assim, concorrido para a prática do crime. Nos moldes do Direito Tributário, onde a responsabilidade objetiva e solidária é plenamente admitida (art. 128 e seguintes do Código Tributário Nacional), criou-se uma responsabilidade penal objetiva do motorista de ônibus.

Nada se discutiu sobre a difícil questão das ações neutras³⁸⁶, sobre os crimes omissivos ou os limites da responsabilidade penal, se limitando a decisão a afirmar que o indivíduo sabia das atitudes de seus passageiros e que não teria identificado corretamente as bagagens e, por isto, teria incidido na norma do crime de descaminho. Uma decisão destinada a corrigir uma aparente sensação de impunidade ou falta de ação do Estado, como se apenas um símbolo fosse capaz de modificar a realidade.

A decisão é tão peculiar que sua ementa merece ser transcrita na íntegra:

APELAÇÃO CRIMINAL. DESCAMINHO. MOTORISTA DE ÔNIBUS DE EXCURSÃO. RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL. CIÊNCIA ACERCA DA CONDUTA DELITIVA PERPETRADA POR TERCEIROS. ACOBERTAMENTO DA ATIVIDADE ILÍCITA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES, ASSIM COMO CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO. SUBSTITUIÇÃO

³⁸⁶ No Brasil, mesmo que o tema ainda seja considerado uma novidade, já se produziram ótimas obras como a de Luís Greco (*Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004) e a de João Daniel Rassi (*Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal Brasileiro*. Tese. Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2012).

DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, I, II E III, E § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. APELAÇÃO CRIMINAL PROVIDA.

1. Tipificada a conduta ilícita como descaminho, a concretização da tipificação penal e a consumação do delito ocorrem no momento da entrada ou saída da mercadoria descaminhada no território nacional.
2. Materialidade do fato comprovada pelos documentos elaborados e lavrados pela autoridade competente e responsável pela diligência fiscalizatória por ocasião da apreensão das mercadorias.
3. Em caso de prática de descaminho por passageiros de ônibus de excursão, o motorista do veículo pode ser responsabilizado criminalmente se contribuir para a consecução do ilícito, acobertando a conduta de terceiros.
4. Constitui obrigação do motorista, como preposto da empresa, efetuar a identificação de cada bagagem, em caso contrário, adere à conduta ilícita perpetrada por terceiros, incorrendo na hipótese do art. 29, *caput*, do Código Penal
5. *"A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena."* (HC 107.409/PE, 1.ª Turma do STF, rel. Min. Rosa Weber, um., j. 10/4/2012, DJe-091, 09/5/2012).
6. Para fixar a pena-base, deve o julgador tomar em conta os princípios da necessidade e eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código Penal, pautando-se sua fixação principalmente na censurabilidade da conduta, consoante doutrina Zaffaroni e Pierangeli.
7. Fixada a pena-base em 01 (um) ano de reclusão, será essa a pena definitiva, haja vista a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, assim como causas de aumento e diminuição.
8. Preenchidos os requisitos dos incisos I, II e III do art. 44 do Código Penal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, na forma do § 2º do citado dispositivo legal.
9. Fixada a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, pelo tempo de duração da pena corporal.
10. Apelação criminal provida.³⁸⁷

Se a norma do crime de descaminho pode ser construída desta forma, então, todos os motoristas de ônibus, os pilotos de avião, os comandantes de navios, assim como as agências de turismo que vendem pacotes para locais onde “geralmente” as pessoas se dirigem para comprar produtos que serão inseridos de maneira irregular no território nacional, como Miami, por exemplo, devem ser devidamente punidas em conjunto com seus passageiros e clientes.

No contexto que nos encontramos, a interpretação jurídica é tida como uma oportunidade de se corrigir os erros ou falhas do ordenamento jurídico; é vista como uma margem de discricionariedade dada ao juiz para que possa introduzir no direito, através da

³⁸⁷ TRF 4. Apelação criminal n.º 5007232-52.2012.404.7002/PR. Rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto. J. 9.12.2013.

sentença, suas acepções pessoais, sejam elas políticas, ideológicas, religiosas, etc. É uma “interpretação incontida”, desregrada³⁸⁸, onde as decisões são tomadas de maneira absolutamente alienada, solipsista³⁸⁹, sem amparo no direito e da intersubjetividade comunicativa.³⁹⁰

Como aparentemente existe um aumento do número de produtos trazidos do Paraguai sem o devido recolhimento de imposto (e uma grande sensação de impunidade com relação a estes fatos), no caso citado, a interpretação do crime de descaminho foi usada como um álibi argumentativo para se corrigir uma “falha” do Direito Penal: não punir os motoristas que transportam regularmente passageiros para aquele País.

Contudo, a decisão política sobre quais são os limites da conduta punível, sua pena, etc., não cabe aos magistrados mas ao Parlamento, órgão que tem legitimidade democrática para representar os anseios, inclusive os punitivos, da Nação.

Assim, coloca-se uma das questões mais difíceis da atualidade: como conter a hermenêutica jurídica desregrada e solipsista?

A hermenêutica jurídica é o estudo dos pressupostos (e não só dos métodos) de interpretação do direito, permitindo que o jurista construa o sentido da norma jurídica. Não é uma “ferramenta” que deve ser usada apenas nos casos mais complexos³⁹¹, mas a própria essência do Direito, já que a norma jurídica só existe na medida em que é interpretada.

E a hermenêutica jurídica não é ato solitário, é um ato que depende do repertório linguístico do indivíduo e do código emitido pelo legislador, sendo um fenômeno intersubjetivo.

³⁸⁸ Certamente que o problema das decisões judiciais sem fundamento (ou com fundamento autorreferente) não é exclusividade de nosso ordenamento, contudo, parece que no Brasil assumiu um papel grave, na medida em que o Poder Judiciário, numa tentativa de corrigir os diversos problemas do nosso ordenamento (e do nosso sistema político), tomou as funções do Poder Legislativo e do Poder Executivo, elaborando decisões que criam verdadeiras normas e que determinam discricionariamente as políticas públicas.

³⁸⁹ O termo vem do alemão *Solipsismus* e significa “estar consigo mesmo; corrente da teoria do conhecimento do extremo subjetivismo”. (KLAUS, Georg; BUHR, Manfred (orgs.). *Philosophisches wörterbuch*. Leipzig: VEB Verlag, 1964. p. 516 – Tradução livre).

³⁹⁰ De fato as decisões sem qualquer fundamento hermenêutico não são uma novidade, mas, na atualidade o tema ganha ainda mais relevância, não só em razão dos diversos estudos que têm estudado o tema de maneira profunda, mas também em razão do incremento desta espécie de decisão.

³⁹¹ É a clássica distinção entre casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*), corretamente criticada por Lenio Luiz Streck (*Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 67 e ss.).

Há de se buscar um novo paradigma da hermenêutica jurídica, que é a intersubjetividade. O conhecimento do indivíduo é, como dissemos na primeira parte deste trabalho, comunicativo (intersubjetivo), pois, na medida em que o indivíduo interage com outros indivíduos, constrói seu repertório linguístico (pré-compreensão), construindo seu conhecimento, ainda que vulgar. Assim é também o Direito, que é construído intersubjetivamente, através das iterações que ocorrem no seio da sociedade, não só no momento da elaboração legislativa ou da aplicação da norma ao caso concreto, mas também pela interpretação científica (dos doutrinadores) ou vulgar (dos cidadãos, que são destinatários da mensagem legislativa).

A norma jurídica não pode ser construída de maneira aleatória pelo intérprete, que se vale apenas de sua subjetividade (ou daquilo que ele acha que o Direito). É ela o produto de uma comunicação, que se inicia com a emissão do código pelo legislador que, em determinado contexto, tem seu sentido (mensagem) construído pelo intérprete no momento em que o direito deve ser aplicado.

Nessa medida, a hermenêutica linguístico-estruturante é uma forma de conter o uso político e ideológico do Direito. Não se trata de propor um novo método de interpretação jurídica, já que o pensamento humano, apesar de lógico, não é metódico³⁹², mas sim de buscar novos paradigmas, novos fundamentos para a interpretação jurídica.

Muito do tema ou, na verdade, aquilo que poderia se colocar como sua “parte geral” foi tratado na primeira parte deste trabalho através do estudo da hermenêutica linguístico-estruturante e, sendo assim, neste capítulo, não pretendemos refazer uma extensa análise do tema, mas apenas apresentar algumas de suas aplicações práticas.

Para tanto, primeiro reafirma-se a ideia de que a interpretação é um ato de construção do sentido da mensagem para, em seguida, discorrermos sobre os métodos de interpretação e sua inaplicabilidade. Discorre-se, então, sobre a relação entre Política Criminal e Direito Penal, procurando traçar os estreitos limites no uso da “política” no Direito.

Por fim, discorre-se sobre os limites da interpretação jurídica através do estudo da mutação e da variação linguística e seus possíveis efeitos no Direito Penal.

³⁹² Ainda que o homem construa seu pensamento através de associações lógicas, este raciocínio não está submetido a um método rígido, passo a passo.

1.2. INTERPRETAÇÃO COMO CONSTRUÇÃO OU INTERPRETAÇÃO COMO REVELAÇÃO DO SENTIDO

Desde a primeira parte deste trabalho salientamos que a interpretação é um ato de construção de sentido, pois, se o direito é a comunicação e se a lei é um código emitido pelo legislador, o sentido da mensagem é formado, construído pelo intérprete.

O tema, apesar da aparente redundância, merece ser revisitado, aqui, de forma mais minudente, através do estudo das duas posições possíveis: a primeira que vê a interpretação como um ato de construção de sentido, e a corrente antagônica, que vê a interpretação como um ato de revelação de sentido.

Além disso, apesar do problema se mostrar, à primeira vista, teórico, tem ele muita relevância prática, pois, na medida em que se defenda que a norma é construída ou que é revelada, modificam-se as soluções apresentadas às hipóteses de interpretação jurídica no tempo e no espaço.

Na atualidade, predomina ainda a ideia de que o intérprete apenas revela o sentido da norma, que está contido no texto da lei. Assim, a atividade do intérprete não é construtiva, mas apenas reveladora, já que ele nada “acrescenta” ao texto legal, apenas revelando o sentido ali colocado pelo legislador.

Essa posição, fundada em paradigmas superados, ainda é muito cara aos juristas brasileiros, que não recepcionaram a viragem linguística e os benefícios que podem ser trazidos por um estudo correlato entre Direito e Filosofia da Linguagem.

Além de conduzir a absurdos teóricos, como a “interpretação autêntica”³⁹³ (questão que, diga-se, está presente também em outros ordenamentos)³⁹⁴, a ideia de revelação do

³⁹³ Na lição clássica, interpretação autêntica seria aquela elaborada pelo próprio legislador, através das denominadas leis interpretativas. A autenticidade desta interpretação, contudo, é bastante questionável, pois a “autêntica” interpretação é aquela feita pelos tribunais, pela doutrina e, também, pelos destinatários da lei, que são os cidadãos.

Além disso, nos últimos anos surgiu uma forte corrente no Supremo Tribunal Federal no sentido de que a verdadeira “interpretação autêntica” seria aquela emanada do Poder Judiciário (apenas para citar alguns exemplos, *vide*: Rcl. 4.335 e ADI 3.937/SP), pensamento com grande aceitação em outros tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça.

sentido da norma conduz à absoluta desvinculação da interpretação da intersubjetividade (comunicativa), tão necessária à hermenêutica, não só à jurídica. Assim, ao se tentar criar uma interpretação objetiva, permitiu-se, na verdade, que o subjetivismo imperasse.

A partir da constatação de que o intérprete apenas revela o sentido da norma, a interpretação tem que se vincular a elementos externos, que se consubstanciam na vontade da lei (*voluntas legis*) e na vontade do legislador (*voluntas legislatoris*).³⁹⁵ Apesar da aparente isenção das interpretações produzidas através desses fenômenos, já que não seria permitido nenhum “subjetivismo” por parte do intérprete, esta teoria criou um subjetivismo absolutamente desregrado, na medida em que qualquer interpretação é válida, já que sempre decorrente da vontade da lei ou da vontade do legislador. Justifica-se toda e qualquer atribuição de sentido sob o manto de que é a vontade da lei ou do legislador, como se fosse possível apreendermos qualquer forma de “consciência” nesses dois fenômenos.

A única forma de superar este problema é através de uma hermenêutica de natureza construtiva.

A interpretação como construção de sentido funda-se na ideia de que o intérprete constrói o sentido do texto, no caso do Direito, da norma jurídica. Tal ato não é, contudo, arbitrário ou subjetivo, é intersubjetivo.

O código da mensagem, que no caso do direito seria o enunciado da lei, contém elementos sintático-semânticos a partir dos quais o intérprete construirá a mensagem. Apesar do repertório linguístico daquele que interpreta ser extremamente relevante para o

Porém, trata-se de um absurdo, pois, apesar do Poder Judiciário ser o único órgão competente para aplicar a norma, criando uma norma individual e concreta, não se pode afirmar que exista uma interpretação autêntica, já que a interpretação da doutrina, ainda que desvinculada do caso concreto, é tão autêntica quanto a interpretação judicial. Sobre o tema, confira a discussão travada por Lenio Luiz Streck em: *Compreender direito – vol. 2: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 139 e ss.

³⁹⁴ No Direito Norte-americano, Erwin Chemerinsky discute sobre quem seria o “intérprete autêntico” da Constituição Norte-Americana, apresentando três possíveis soluções: a) não há nenhum intérprete autêntico; b) cada Poder seria o intérprete autêntico na sua área de competência (constitucional); c) o Poder Judiciário seria o intérprete autêntico. (*Constitutional law: principles and policies*. 4ª ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011. p. 26 e ss.).

³⁹⁵ “Em razão da prática (Anwendung) do significado útil da interpretação, bateram de frente, no Direito e na Teologia, duas correntes ou posições, das quais uma identifica o significado verdadeiro e próprio da aplicação com o significado subjetivo do autor do texto interpretado (a denominada ‘vontade do legislador’), a outra identifica, ao contrário, com o significado objetivo (com formulação imprópria, inspirada nos dogmas do voluntarismo, a denominada ‘vontade da lei’) [...]”. (BETTI, Emilio. *Teoria Generale della interpretazione – vol. II*. Milão: Giuffrè, 1990. p. 790 – Tradução livre).

fenômeno, não é este um ato arbitrário, mas vinculado a estes elementos que compõem o código da comunicação.

Da mesma forma, não está o intérprete absolutamente vinculado ao código, que poderia se dizer “objetivo”, já que o repertório linguístico e o contexto, que são elementos intersubjetivos, também influenciam a construção do sentido da mensagem.

O intérprete não pode construir o sentido que eu quiser do texto, mas, dependendo do contexto, poderão surgir interpretações diversas, ainda que dificilmente sejam possíveis construções contraditórias dentro de um mesmo código.

Para citar um exemplo, imagine uma placa onde se lê “proibido trajes de banho”. No contexto do restaurante de um clube, a mensagem deve ser construída no sentido de que os frequentadores não podem ficar naquele recinto utilizando trajes de banho, devendo se vestir adequadamente; já numa praia de nudismo, a mensagem deve ser no sentido de que é proibido utilizar qualquer roupa, inclusive os trajes de banho.

O exemplo, apesar de simplório, é elucidativo ao demonstrar que, apesar do intérprete não poder construir arbitrariamente o sentido, o contexto, assim como o repertório, pode afetar o resultado da interpretação.

A partir da constatação de que a interpretação é um ato de construção, e não de mera atribuição de sentido, se desenvolveram diversas teorias, como a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck³⁹⁶, e o Construtivismo lógico-semântico de Paulo de Barros Carvalho³⁹⁷, apenas para citarmos autores brasileiros.

Sem criticar as teorias desenvolvidas pelos autores, que em certa medida fundamentam este trabalho, a teoria que apresenta as melhores soluções é a hermenêutica linguístico-estruturante, aqui por nós desenvolvida, porque trabalha de maneira mais aprofundada com a questão do repertório, da variação e da mutação, e do contato e do conflito linguístico, fenômenos que são importantes para o estudo do Direito, não só do Direito Penal.

³⁹⁶ A teoria de Lenio Luiz Streck é denominada de “crítica hermenêutica do direito”.

³⁹⁷ A teoria de Paulo de Barros Carvalho, bastante desenvolvida por seus seguidores, é denominada de “construtivismo lógico-semântico”.

1.3. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

O raciocínio humano é ametódico.

Apesar da ordenação do conhecimento humano se fundamentar em associações, nos modelos, nosso raciocínio é ametódico na medida em que é analógico. Isso significa que, para a construção do raciocínio, não é necessário que se utilize de um método estrito, passo a passo (cibernético), fundado em valores inteiros (digital), como ocorre nas máquinas e nos sistemas informáticos, onde cada “passo” tem de ser superado na sua integralidade para que se possa iniciar a próxima operação, ainda que num milésimo de segundo.

Essa constatação parece óbvia, contudo, o Direito ainda está muito ligado aos “métodos de interpretação”, esquemas lógicos desenvolvidos para permitir a construção correta do sentido da lei.

Apesar do estudo dos métodos de interpretação do direito ter inegável relevância didática, são um receituário inaplicável, pois a interpretação jurídica não é feita através da superação de uma série de “passos”, primeiro estudando a literalidade da lei, depois seu aspecto histórico para ao final confrontá-la com o sistema jurídico. Esses passos são superados por um raciocínio único ou fragmentado, onde primeiro se questiona a posição da lei no sistema para depois verificar seu aspecto histórico e, apenas ao final, o caráter “gramatical”, ou através de qualquer combinação possível entre esses “elementos” da interpretação ou quaisquer outros que o intérprete possa considerar relevante.

A hermenêutica deve buscar a criação de paradigmas sólidos para a interpretação e não a criação de métodos rígidos, que são inexecutáveis. Porém, além de ser didaticamente relevante, o estudo dos métodos de interpretação também é importante para que possamos fundamentar nossa crítica.

Assim, estudaremos aqueles que consideramos os dois mais relevantes métodos, o hermenêutico clássico e o semiótico.

1.3.1. Método hermenêutico clássico

O método hermenêutico clássico³⁹⁸ pode ser conceituado como aquele desenvolvido por Friedrich Carl von Savigny, na sua obra *System des heutigen römischen Rechts*, no século XIX, em que a interpretação se fundamenta em quatro cânones (métodos): gramatical, histórico, lógico e sistemático.³⁹⁹

O método gramatical ou literal “leva em consideração o texto da norma, ou melhor, o conteúdo semântico das palavras que a compõem”.⁴⁰⁰ É a forma mais elementar de interpretação. Contudo, apesar da sua aparente objetividade, já que está estritamente vinculado à revelação do sentido contido na lei pelo intérprete, tal método não consegue superar a difícil questão da vagueza e da ambiguidade, tão caras à linguística.

Os defensores do método clássico afirmam que este problema (da vagueza e da ambiguidade) seria superado na medida em que o intérprete se utilizasse dos outros cânones da interpretação. Porém, a interpretação gramatical, mesmo no bojo do método hermenêutico clássico, nunca é aplicada de maneira autônoma, apartada dos outros cânones, especialmente do lógico, que lhe é ínsito. Além disso, é de se notar que uma interpretação meramente semântica é absolutamente impossível, pois não é ela desvinculada da sintática e da pragmática.

Já o método histórico seria o estudo dos precedentes legislativos, isto é, das vontades, condições e outros fatores que conduziram à elaboração legislativa.⁴⁰¹ Isto seria feito através do estudo dos relatórios de discussão e votação, das exposições de motivos, bem como do contexto histórico em que ocorreu a atividade parlamentar.

Desse método parece querer se extrair a vontade do legislador (*voluntas legis*). Em que pese ser importante o estudo histórico da elaboração legislativa, não está o intérprete vinculado à vontade do legislador, na medida em que é ele que constrói o sentido da norma (sempre lembrando, vinculado a elementos sintáticos-semânticos contidos na lei).

³⁹⁸ O termo “método hermenêutico clássico” é também utilizado, na Teoria da Constituição, para designar o método proposto por Ernst Forsthoff, que aproxima a interpretação da Constituição à interpretação das leis infraconstitucionais, que é realizada com fundamento no método proposto por Savigny.

Cabe anotar, ainda, que ao empregarmos o termo “clássico”, não pretendemos, de nenhuma forma, desmerecê-lo, já que é este o método que tem maior aceitação e que, mesmo passado longos anos do seu desenvolvimento, ainda não conseguiu ser superado.

³⁹⁹ Sobre o método, *vide*: BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014 p. 26 e ss.; RÜTHERS, Bernd; *et alii*. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011. p. 412 e ss.

⁴⁰⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 40.

⁴⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014 p. 41.

Todas as leis são criadas para produzir efeitos futuros, em regra por tempo indeterminado e, sendo assim, o contexto do momento em que a lei é interpretada (e aplicada) é muito mais importante do que o contexto em que ela foi emanada. Nessa medida, a interpretação histórica é importante como comparação histórica.

Como bem anota Bernd Rüthers, o método histórico deve ser aplicado se comparando à situação econômica, social, política, religiosa e, também, constitucional, entre o período de elaboração da lei e o período da interpretação.⁴⁰²

A Lei de Segurança Nacional (Lei n.º 7.170/83) certamente encontrava fundamento num período ditatorial, onde existia um embate entre as forças do governo e da oposição, em grande parte potencializado pela conjuntura internacional. Ainda que tal lei tenha uma origem “válida”, isto é, que encontre fundamento na sua origem, não pode mais ser aplicada, pois a conjuntura é absolutamente diversa, sendo a análise histórica juridicamente irrelevante.

Além disso, a análise das razões parlamentares pode conduzir ao perigoso estudo da influência da corrupção parlamentar na elaboração legislativa. Num presidencialismo dito de coalizão, a corrupção parlamentar é certamente favorecida através da criação de *lobbys* e de outros expedientes pouco democráticos, contudo, não são esses fatores passíveis de inquinarem de inconstitucional determinada norma. Ainda que se prove que o governo ou empresas privadas tenham corrompido parlamentares como meio de favorecer seus interesses, esse argumento tem relevância histórica, não jurídica.

Esta questão é intrincada e, após o “julgamento do mensalão” (ação penal n.º 470 do STF), suscita fervorosas posições. Porém, é certo que o método histórico não pode ser visto de maneira absoluta, devendo ser utilizado apenas para fins de comparação histórica, e não como meio para validar uma norma que não encontra mais fundamento.

O método lógico ou teleológico, por sua vez, estaria ligado “ao sentido e à finalidade objetiva da lei (*mens legis*)”⁴⁰³, ou seu espírito, como preferem alguns.⁴⁰⁴ Parte-se da ideia de que a lei conteria uma vontade (*voluntas legis*), que seria apenas revelada pelo intérprete. Este método, dentro da nossa perspectiva linguístico-estruturante, não

⁴⁰² RÜTHERS, Bernd; *et alii*. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011. p. 465.

⁴⁰³ EISELE, Jörg. *Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*. 2ª ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2012. p. 6. (Tradução livre).

⁴⁰⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014 p. 42.

suscita grandes debates, especialmente porque seu equívoco é evidente: a lei não contém vontade nenhuma. Além disso, se a lei cumpre algum papel dentro do sistema jurídico, esta condição pode ser melhor estudada dentro do método sistemático.

Por fim, o método sistemático é aquele que interpreta a lei em face do ordenamento jurídico, isto é, do seu contexto normativo. Este o método que tem maior relevância na atualidade, sendo tido como a tábua de salvação do método hermenêutico clássico.

Com efeito, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, a legislação passou a ser interpretada de forma sistemática, tendo seus dispositivos efetivamente confrontados com a Constituição, o que não ocorria com tanta frequência no regime constitucional anterior. Na Europa, da mesma forma, com o advento da União Europeia, a interpretação sistemática ganhou força através da interpretação conforme os ditames do sistema europeu (*Europarechtskonforme Aslegung*).⁴⁰⁵

Porém o método sistemático não é isento de críticas, sendo o mais comum no sentido de que inexistiria um sistema jurídico. Como um sistema pressupõe um todo harmônico, e o direito é abarrotado de contradições, não se poderia dizer que é um sistema.

Contudo, esta crítica não prospera, pois as contradições são meramente aparentes. Além disso, a ideia de sistema permite uma melhor interpretação dos institutos jurídicos, que são estudados em conjunto.

Talvez a única crítica que prospere contra o método sistemático é, justamente, a de que não é possível se falar em um método para a interpretação jurídica, conforme se afirmou no início deste item.

Feitas essas considerações, conta-se que, ainda que este método tenha sofrido duras críticas em razão do seu desenvolvimento ter ocorrido no âmbito do Direito Privado⁴⁰⁶, a doutrina ainda não conseguiu superá-lo. Mesmo que se proponha novos paradigmas, outros cânones ou outras denominações, o método apresentado, salvo raras

⁴⁰⁵ Sobre o tema, vide: EISELE, Jörg. *Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*. 2ª ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2012 p. 8 e ss.; RÜTHERS, Bernd; et alii. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011. p. 455 e ss.

⁴⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 116.

exceções, é o hermenêutico clássico, como se pode constatar pela simples leitura da doutrina nacional⁴⁰⁷ ou estrangeira.⁴⁰⁸

Isso porque o método, apesar de inexequível, como qualquer outro método de interpretação, é didático e completo, dando a impressão de que seria capaz de solucionar (todos) os problemas apresentados pelo direito.

Com efeito, em casos mais simples, bastaria a interpretação lógico-gramatical, em outros, mais complexos, o intérprete buscaria a solução no método histórico e no método sistemático.

Porém, além de ser inadmissível a “classificação” do direito conforme a suposta dificuldade dos casos concretos que são apresentados, a doutrina não conseguiu conjugar os cânones do método com os paradigmas da Filosofia da Linguagem. Na verdade, para que isto ocorresse, seria necessária uma alteração tão grande nos cânones, que o método acabaria se desvirtuando.

Além disso, o método hermenêutico clássico parece, na verdade, se constituir num verdadeiro álibi interpretativo, na medida em que permite ao intérprete escolher uma série de “métodos” que, no mais das vezes, servem apenas para fundamentar uma interpretação ametódica.

1.3.2. Método semiótico

O método semiótico consiste na interpretação do direito com fundamento nos preceitos da semiótica. Os defensores desse posicionamento entendem que o método hermenêutico clássico deve ser superado através da aplicação, no direito, da semiótica.

⁴⁰⁷ Como exemplo, vide: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 189 e ss; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 105 e ss.

⁴⁰⁸ Como exemplo, vide: MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 1993. p. 116 e ss; EISELE, Jörg. *Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*. 2ª ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2012 p. 2 e ss; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2005. p. 42 e ss; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 30ª ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2000. p. 13 e ss.

Com efeito, a interpretação jurídica se daria através de três etapas: sintática, semântica e pragmática, que foram por nós amiúde explicadas na primeira parte desta obra.⁴⁰⁹

Em linhas gerais, na primeira etapa (sintaxe), o intérprete construiria a estrutura lógica da norma jurídica; na segunda etapa (semântica), construiria a mensagem legislativa com fundamento no aspecto semântico, lexical dos signos contidos no código; e, na terceira (pragmática), construiria a interpretação com fundamento no sistema jurídico, assim como acontece no método sistemático da hermenêutica clássica.

Esta teoria encontra grande aceitação no Brasil como pode se observar através dos trabalhos de Paulo de Barros Carvalho⁴¹⁰, Alécio Silvestre Nogueira⁴¹¹, Aurora Tomazini de Carvalho⁴¹² e Clarice von Oertzen de Araujo.⁴¹³

Ao começarmos a desenvolver este trabalho, também entendíamos que o método semiótico poderia superar em larga margem o método hermenêutico clássico. Contudo, ao aprofundarem-se os estudos, constatamos que a hermenêutica é ametódica, isto é, que a cognição humana não é feita de forma estritamente metódica, e que, na verdade, o método semiótico muito pouco se diferencia do hermenêutico clássico.

Ainda que o método semiótico seja muito mais adequado ao atual desenvolvimento da Filosofia da Linguagem e que seus paradigmas sejam mais robustos, o aspecto sintático-semântico assemelha-se ao literal, e o pragmático ao sistemático.

Assim, não há uma diferença substancial no método, mas apenas nos paradigmas hermenêuticos que orientam a aplicação deste método.

É o mesmo que ocorre com a hermenêutica linguístico-estruturante, como se verá, pois, nesta obra, não se propõe a criação de um novo método hermenêutico, mas a busca de novos paradigmas, que podem, na verdade, ser utilizados com a técnica de interpretação que o intérprete considera mais adequada, desde que, como é óbvio, seja esta compatível com os paradigmas da teoria aqui proposta.

⁴⁰⁹ Vide “Capítulo 4 – Semiótica” da Primeira Parte.

⁴¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 180 e ss.

⁴¹¹ NOGUEIRA, Alécio Silveira. *Direito e linguagem: o processo interpretativo jurídico sob uma perspectiva semiótica*. Curitiba: Juruá, 2013.

⁴¹² CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. P. 423 e ss.

⁴¹³ ARAUJO, Clarice von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

1.4. POLÍTICA CRIMINAL E HERMENÊUTICA JURÍDICA: OS LIMITES DA “POLÍTICA” NA CRIAÇÃO E NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL

Como anota Günther Kaiser⁴¹⁴, o termo “Política Criminal” é polissêmico, comportando duas significações: a Política Criminal “como ciência” e a Política Criminal “como prática”. A Política Criminal como ciência é o campo especializado da Ciência Política, que estuda a relação entre as diversas instituições que lidam, diretamente ou indiretamente com o sistema punitivo; e como prática são as influências das orientações políticas e políticas públicas no Direito Penal.⁴¹⁵

Apesar de o termo dar a entender que o estudo se limitaria apenas aos órgãos estatuais que atuam diretamente na repressão à criminalidade, não deve a Política Criminal (como ciência) se limitar ao estudo dos órgãos do Estado que atuam diretamente com o Direito Penal (polícia, Ministério Público, Poder Judiciário etc.), buscando também o estudo daquelas instituições que, apesar de não pertencerem ao organograma estatal, atuam no sistema punitivo e também daquelas que atuam de maneira indireta, estatais ou não.

A grande questão que se coloca, com relação à Política Criminal, diz respeito aos limites da atuação política dos diversos órgãos e instituições que a exercem. Alguns órgãos ou instituições possuem grande liberdade política, como é o caso do Congresso Nacional, que tem ampla liberdade para discutir as questões políticas relacionadas ao crime; outros, possuem uma atuação política muito mais restrita, como é o caso do Poder Judiciário, que está vinculado aos limites impostos pelo ordenamento, não podendo atuar de maneira política.

Assim, existem órgãos que, pela sua própria função institucional, exercem atividade política, enquanto outros, não. Contudo, a prática demonstra que todas as instituições exercem “política criminal” ao criarem padrões de atuação em face da criminalidade,

⁴¹⁴ KAISER, Günther. *Kriminologie*. 3ª ed. Heidelber: Müller, 1996. p. 1069 e ss.

⁴¹⁵ No mesmo sentido é a lição da doutrina brasileira: “A Política Criminal, sob o ponto de vista prático, compreende dois momentos: o primeiro é a montagem de estratégias de prevenção à criminalidade; o segundo, quando a prevenção não alcançou os seus objetivos, é o de repressão racionalmente programada de forma a obter os resultados por ela colimados, que é, através dos métodos aplicados, evitar a reincidência delituosa” (FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. *Criminologia integrada*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 405).

algumas vezes como forma de “corrigir” supostos erros e lacunas do ordenamento jurídico, outras, para atender aos anseios punitivos da sociedade ou para demonstrar maior eficiência no combate ao crime.

Feito este introito, fica claro que neste trabalho, debruça-se sobre a Política Criminal como ciência, isto é, como influência dos fatores políticos no Direito Penal, colocando de lado as questões práticas, que se adequam melhor aos estudos voltados para a Criminologia.

Ainda, sendo este um tema incidental, buscaremos compreender como questões políticas influenciam a construção do Direito Penal, seja no momento da elaboração do enunciado normativo, pelo Poder Legislativo, na aplicação da norma, pelo Poder Judiciário, ou na execução de políticas públicas, pelo Poder Executivo. Além disso, buscaremos compreender como opções políticas influenciam a atuação de outras instituições que, apesar de não integrarem os Poderes do Estado, atuam no campo penal, como é o caso Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil.⁴¹⁶

1.4.1. Política Criminal legislativa

A Política Criminal legislativa é a Política Criminal por excelência. É no consenso democrático do Congresso Nacional⁴¹⁷ que são elaboradas as leis penais, concorde-se com elas ou não.

Talvez o preço mais alto que se pague numa democracia seja justamente o consenso democrático. Com efeito, ao se adotar a democracia como sistema de governo, renuncia-se à imposição das ideias em prol do consenso.

⁴¹⁶ Cabe destacar, aqui, que não trataremos da política criminal relacionada às drogas em razão da complexidade do tema que, por suscitar tantas paixões, não poderia ser tratado de maneira simplista neste trabalho. Sendo assim, remetemos o leitor, caso queira estudar o tema, à monografia recentemente publicada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCrim, 2014.

⁴¹⁷ Conforme o enunciado da norma do art. 22, I, da Constituição da República Federativa do Brasil compete à União legislar privativamente sobre Direito Penal. Sobre o enunciado da Constituição, anota a doutrina que “Parece adequado que todo o direito substantivo mencionado provenha de fonte única, a União, pois a disparidade de ordenamentos seria problemática, gerando incertezas e inseguranças nas relações jurídicas que se estabelecessem entre partes domiciliadas em Estados diversos” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes; *et alii*. (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 738).

Os membros do Congresso Nacional são eleitos democraticamente pelo povo e têm legitimidade para discutir e propor projetos de lei sobre os mais variados temas, ainda que desagradem ou sejam considerados “errados” ou “inoportunos” por setores da sociedade. Assim, mesmo que não se concorde com determinada ideia (ou norma), sendo esta a vontade da maioria, terá legitimidade democrática.⁴¹⁸

Contudo a atividade do Parlamento não é ilimitada. A Constituição Federal traz diversas limitações ao Poder Constituinte Derivado Reformador⁴¹⁹ e ao processo legislativo ordinário.⁴²⁰

Mesmo assim, o Parlamento possui uma discricionariedade política grande, podendo debater, propor e aprovar projetos de lei (ou de emenda à Constituição), desde que tais propostas legislativas, evidentemente, não violem as limitações constitucionais.

A própria dinâmica do Parlamento, contudo, faz com que o processo legislativo seja influenciado por diversos fatores “políticos”, isto é, por influências que não necessariamente decorrem da representatividade do parlamento, não representando a vontade da maioria, como, por exemplo, os *lobbys*. Nesse contexto, dois temas se colocam como fundamentais para o estudo da Política Criminal legislativa, o simbolismo penal e a influência de fatores “externos” ao processo legislativo.

1.4.1.1. Simbolismo jurídico-legislativo

O simbolismo jurídico consiste na utilização do Direito (e do processo legislativo) com fins político-eleitorais. Assim, se utiliza a exposição midiática que alguns temas do

⁴¹⁸ Na verdade, o fundamento último de todas as normas jurídicas é o consenso democrático da qual foram emanadas.

⁴¹⁹ O Poder Constituinte Reformador é aquele atribuído ao legislador ordinário (Congresso Nacional), para reformar o conteúdo da Constituição através de emendas. Como anota José Afonso da Silva, “é inquestionavelmente um poder limitado porque regado por normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, pois não pode arredar sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao controle de constitucionalidade”. (*Curso de Direito Constitucional positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 67).

⁴²⁰ “É a categoria central do processo legislativo, sendo que o chamado *processo legislativo ordinário* serve para os demais. É a regra do sistema. As exceções estão previstas na Constituição”. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes; *et alii*. (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1122).

Direito têm junto à mídia (v.g., menoridade penal, punição dos crimes patrimoniais violentos) como meio de obter votos ou de demonstrar firmeza por parte do legislador.

É um fenômeno estritamente relacionado à profissionalização da política⁴²¹: como os membros do Congresso Nacional almejam se perpetuar nos seus “cargos”, utilizam todas as formas de exposição midiática, inclusive a utilização simbólica do processo legislativo.

Tal fenômeno, contudo, tem feitos nefastos para o sistema jurídico. Primeiro, porque faz com que sejam promulgadas leis sem que haja um amplo e sério debate, com fundamento em manifestações populares momentâneas, ocorridas imediatamente após um crime de grande repercussão, mas que, na verdade, não representa o desejo geral da população; segundo, porque a ânsia do legislador em atender a esta vontade momentânea, faz com que sejam promulgadas leis inconstitucionais ou sem a menor aplicabilidade, seja por razões práticas ou jurídicas.

A utilização das legislações-álibi não é exclusividade do Direito Penal, existindo em outros ramos, como no Direito Constitucional; contudo, é no direito punitivo onde seus efeitos se mostram mais nefastos.

A criação de uma Política Criminal legislativa voltada unicamente à anteder os anseios eleitoreiros e mediáticos, sem que haja um debate sério sobre os temas propostos, faz com que sejam promulgadas normas que desvirtuam o próprio fim do Direito Penal e da pena criminal, como ocorreu, por exemplo, com a Lei dos Crimes Hediondos.⁴²²

1.4.1.2. A influência de fatores “externos” ao processo legislativo

⁴²¹ Sobre o tema, *vide*: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* – vol. 2. Trad. Carme C. Varriale *et al.* 13ª ed. Brasília: Editora UNB, 2010. p. 1006 e ss.

⁴²² O que teria conduzido o Poder Executivo a solicitar com tanta rapidez a normatização desses crimes? A resposta pode ser encontrada na enorme repercussão na opinião pública, provocada pelos meios de comunicação social, da prática do crime de extorsão mediante sequestro, fato delituoso que atingia a mais alta camada social e que até então não era praticamente registrado nas estatísticas criminais. O tema entrou, então, na pauta social. Emissoras de televisão, jornais e revistas de grande circulação passaram a tratar do tema da extorsão mediante sequestro com especial ênfase, criando ao mesmo tempo, um sentimento geral de insegurança e uma exigência de rigor no combate a toda criminalidade violenta. [...]. Os meios de comunicação de massa tenham conseguido afinal atingir seu objetivo: a opinião pública estava totalmente aderente ao seu ponto de vista; reconhecia a existência de grave problemática social para a qual a única solução que se mostrava adequada e ingente era a formatação de propostas de caráter penal”. (FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafarel; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 159).

O Congresso Nacional é composto por representantes eleitos diretamente pelo povo. Ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil coloque a Câmara dos Deputados como representante do povo e o Senado Federal como representante dos Estados-membros da Federação, as duas Casas são compostas por membros eleitos pelo povo.

Assim, estão sujeitos às pressões exercidas pelos seus representantes.⁴²³ Contudo, além desta pressão, plenamente legítima no regime democrático, os parlamentares estão sujeitos a outros tipos de interesses, como os interesses corporativos, os interesses de determinadas classes profissionais e à influência dos meios de comunicação social.

Apesar do debate sobre o Direito Penal dever ser feito em todos os níveis e que em tese seja legítima a influência de todos os atores sociais na atividade legislativa, muitas vezes estas influências conduzem o debate por meio de um caminho pouco democrático, que afronta a própria Constituição.

Na atualidade, observa-se, por exemplo, que quando ocorre um crime de grande repercussão, notadamente um homicídio, a mídia, especialmente televisiva, pugna por um recrudescimento da punição e pela diminuição da maioria penal. Isto demonstra que estes órgãos também possuem sua “Política Criminal”, na medida em que exercem uma forte influência sobre o debate legislativo, a atividade policial e a atividade jurisdicional.

Com efeito, os Parlamentares, muitos deles políticos profissionais, se veem pressionados a votar e aprovar projetos de lei que estejam de acordo com os interesses político-criminais da mídia, como forma de garantir o apoio da opinião pública, e nisso a influência destes atores está fortemente atrelada ao Direito Penal simbólico, tratado acima.

Isso ficou bastante evidente na discussão, votação e promulgação da já citada *Lei Carolina Dieckmann* (Lei n.º 12.737/12), que em razão da divulgação de fotos da atriz, teve seu processo legislativo “acelerado”, culminando com a aprovação de um enunciado legislativo que é falho não só por criar tipos penais absolutamente desnecessários, mas também por violar a própria técnica legislativa.

⁴²³ Apesar do Senado Federal representar os Estados-membros da Federação, os Senadores são, indiretamente, representantes do povo, já que eleitos pelo voto democrático.

Outro exemplo também recente é a Lei Geral da Copa (Lei n.º 12.663/12) que, atendendo aos interesses comerciais (temporários, diga-se)⁴²⁴ da Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA), que é uma entidade de Direito Privado, criou tipos penais para os crimes de utilização indevida de símbolo e *marketing* de emboscada, num verdadeiro absurdo legislativo.

Existem, ainda, casos em que as normas são elaboradas através de pressões que não são meramente ilegítimas, mas verdadeiramente ilícitas, como a corrupção, nos moldes do que ocorreu em recentes casos em que o Poder Executivo “comprou” apoio parlamentar para aprovação de leis de seu interesse. Ainda que seja muito difícil atacar a constitucionalidade de uma lei em razão de vício de origem ocasionado pela corrupção, é certo que este fator pode influenciar a Política Criminal do Parlamento, através da aprovação de instrumentos que facilitem a atuação policial, que é ligada ao Poder Executivo, por exemplo.

Assim fica claro que não são só as pressões populares, democráticas, que afetam o processo legislativo, que está afeito a toda espécie de pressão externa, inclusive aquelas ilegítimas.

1.4.2. Política Criminal judiciária

Um dos temas mais difíceis e recorrentes atualmente na Teoria Geral do Direito é o limite da atuação “política” do magistrado no momento da aplicação da lei. Diversas correntes formaram-se, algumas no sentido de que o magistrado seria livre para decidir conforme sua consciência, desde que motivadamente (livre convencimento motivado), outras no sentido de que estaria ele vinculado ao ordenamento jurídico, não tendo a capacidade de inovar.

Esta discussão é travada no Direito Constitucional, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade através do mandado de injunção, discutindo se o Supremo Tribunal Federal poderia “substituir” as manifestações legislativas do Congresso

⁴²⁴ Os interesses são tão temporários que a norma do art. 36 da Lei Geral da Copa dispõe que “os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014”.

Nacional, atuando como “legislador positivo”⁴²⁵ e no Direito Administrativo, no âmbito da ingerência do Poder Judiciário em temas em que o Poder Executivo possui discricionariedade, como nos casos dos atos políticos.⁴²⁶

Argumenta-se que o Poder Judiciário pode ser protagonista, mas não ativista. Isto porque, não tem o órgão jurisdicional legitimidade democrática para representar o povo na elaboração das leis e das diretrizes administrativas. Não pode ele atuar politicamente, substituindo a vontade democrática e representativa dos membros do Poder Legislativo e do Chefe do Poder Executivo pela sua vontade, devendo atuar nos estritos limites do sistema do Direito.

Não pode o Poder Judiciário atuar como “legislador positivo”, criando uma nova norma⁴²⁷, ou decidindo quais são as políticas públicas mais relevantes para a sociedade, pois não é essa sua função no Estado Democrático de Direito.

No Direito Penal esta questão é ainda mais relevante, pois a Política Criminal, para algumas teorias, legitima o próprio ordenamento punitivo⁴²⁸ e, mesmo que não se adote tais pensamentos, a Política Criminal judicial é um meio de pautar as decisões do Poder Judiciário, num ou noutro sentido, especialmente naqueles casos em que existiria uma discricionariedade maior por parte do aplicador da norma.

O aplicador não pode atuar politicamente para criar um novo tipo penal. Isso decorre da falta de legitimidade para o Poder Judiciário “criar” novas leis, decorrente do próprio sistema democrático e da separação dos poderes, como também da proibição de

⁴²⁵ Como bem anota a doutrina, “[...], não poderá a Justiça legislar pelo Congresso Nacional, mesmo porque a Constituição manteve a independência dos Poderes (art. 2º). Em vista disso, o Judiciário decidirá o mandado de injunção, ordenando à autoridade impetrada que tome as providências cabíveis, fixando-lhe prazo, se necessário. Essa decisão não fará coisa julgada *erga omnes*, mas apenas *inter partes*. Somente a norma regulamentadora, expedida pela autoridade impetrada, terá aquele efeito, cessando, com isso, a competência do Judiciário”. (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e as ações constitucionais*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 294).

⁴²⁶ “Os atos políticos são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência e oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos pré-estabelecidos. São atos governamentais por excelência, e não apenas de administração. São atos de condução dos negócios públicos, e não simplesmente de execução de serviços públicos. Daí seu maior discricionarismo e, conseqüentemente, as maiores restrições para o controle judicial. Mas nem por isso afastam a apreciação da Justiça quando arguidos de lesivos ao direito individual ou ao patrimônio público.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 711).

⁴²⁷ Em alguns casos é possível, como no exemplo da *lex tertia*, no Direito Penal, onde é possível construir uma lei “híbrida” para beneficiar o acusado. Contudo, estes casos são exceção e decorrem dos princípios do Direito Penal e de disposições legais neste sentido.

⁴²⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 227 e ss.

analogia em matéria penal. Assim, nem mesmo por analogia pode o magistrado estender o sentido de uma norma penal para abarcar condutas que não são subsumíveis.

Por mais que exista um alto índice de criminalidade ou de impunidade, não pode o magistrado substituir o consenso democrático do Parlamento pela sua vontade política individual, num perigoso exercício de ativismo judicial, devendo se limitar a aplicação ou não da norma, mas sempre dentro dos limites que são ofertados pelo Direito.

Uma evidente atuação política do órgão julgador se deu no caso do motorista de ônibus condenado por descaminho, citado no início deste capítulo. Ainda que seja de notório conhecimento que a fronteira entre o Brasil e o Paraguai é permeável e que por ali são descaminhados milhares de produtos diariamente, não pode o magistrado (no caso, magistrados) pretender(em) “corrigir” o direito posto através de opções político-ideológicas, que são legítimas em outras searas, como na política, mas não na jurisdicional.

Ainda que a doutrina e a jurisprudência não sejam uníssonas sobre muitos aspectos do enunciado da norma do art. 334 do Código Penal, e é saudável que seja assim, não é condizente com o Estado Democrático de Direito entender que houve adesão à conduta criminosa de terceiro pelo simples fato de “não identificar corretamente a bagagem”. Trata-se da criação de uma espécie de responsabilidade objetiva penal pela não identificação de objetos transportados no interior do ônibus que, ainda que tenha relevância no âmbito tributário ou administrativo, não pode deslindar na prática do crime de descaminho.

O caso é, na verdade, sintomático, pois demonstra o momento atual do Direito Penal: a Política Criminal da punição desmedida, da correção do sistema jurídico através do ativismo judicial é tão exacerbada, que a não realização de boas práticas (chamada de *compliance*) tem sido tomada como a prática de um crime. Com o tempo, corre-se o risco de que o Direito Penal se expanda ainda mais e, ao invés de tutelar apenas a falta de boas práticas, passe a tutelar também a incorreção política, o “politicamente correto”, momento em que toda e qualquer conduta humana poderá estar sujeita à punição criminal.⁴²⁹

⁴²⁹ Isto já acontece, de certa forma, como os crimes de publicidade enganosa e prejudicial (respectivamente, arts. 67 e 68 do Código de Defesa do Consumidor), que em razão de sua péssima redação, permitem que qualquer espécie de publicidade possa ser considerada enganosa ou prejudicial, bastando que o magistrado assim a entenda. Isso se deve, em grande medida, à doutrina que, na interpretação dos respectivos crimes, não leva em consideração a sistemática do Código de Defesa do Consumidor, especialmente o contido no enunciado da norma do art. 36 e seguintes.

Noutra baila, é interessante a questão sobre a possibilidade de se absolver o acusado através de fundamentos políticos. Diferentemente da condenação, que deve estar fundada em lei em sentido estrito, proibida qualquer espécie de analogia, a absolvição não se submete aos mesmos rigores, podendo-se levar à conclusão de que seria possível a absolvição fundamentada em motivos políticos-ideológicos ou mesmo sem qualquer fundamento.

Contudo, não é assim que deve ser. Apesar de não estar adstrita aos limites da legalidade estrita, a absolvição, assim como a condenação, deve se fundar no Direito, isto é, na lei, na doutrina e na jurisprudência. A grande diferença entre a condenação e a absolvição, na verdade, reside na possibilidade de utilização da analogia para a absolvição, mas não para condenação.

Não pode, por exemplo, o magistrado absolver o réu submetido a seu julgamento por simples motivo de piedade. Caso seu sentimento de piedade seja corroborado pelo Direito, a absolvição será legítima e nada haverá de se questionar; contudo, caso se fundamente apenas num sentimento metafísico (ou na vontade política), será democraticamente ilegítima, merecendo reforma.

Assim, mesmo para absolver o acusado, o magistrado está vinculado aos limites do Direito (lei, doutrina e jurisprudência), não podendo atuar de maneira solipsista, solitária, criando uma nova hipótese de absolvição que não encontra respaldo nem mesmo na doutrina.

1.4.3. Política Criminal administrativa

A Política Criminal administrativa é aquela exercida pelo Poder Executivo, através dos seus mais diversos órgãos, como os policiais, os de administração, os de educação etc.

Além da política criminal exercida pelos órgãos propriamente repressores (como a polícia, por exemplo), existe também a política criminal exercida pelo Poder Executivo através de medidas que visam coibir, diminuir ou reprovar determinadas condutas criminosas, ainda que não através de um processo penal. Assim, quando o Poder Público

decide melhor iluminar as ruas, instalar câmara e centros de monitoramento, por exemplo, realiza uma determinada política criminal.

O estudo é certamente muito amplo e fugiria ao escopo deste trabalho, que é discutir a influência de fatores políticos no Direito Penal. Assim, estudaremos apenas a Política Criminal dos órgãos policiais, dos órgãos fiscais e a política de execução penal.

1.4.3.1. Política Criminal nos órgãos policiais

Normalmente o primeiro órgão estatal a tomar conhecimento da conduta criminosa é a polícia. Tanto na sua atuação ostensiva⁴³⁰ quanto na judiciária⁴³¹, a polícia, ao tomar conhecimento de um “crime”, interpreta a norma penal e conclui se ela incide ou não ao fato.

Nessa medida, a Política Criminal adotada pelo órgão policial influencia decisivamente o tratamento que se dará à conduta e a eventual processo criminal⁴³², como se verá.

No âmbito do policiamento ostensivo, a imputação feita pelos agentes policiais tem natureza eminentemente de ilicitude, isto é, o policiamento ostensivo atua em face de conduta que são aparentemente ilícitas. Sendo assim, não faz o miliciano, por exemplo, um juízo sobre a tipicidade da conduta, mas apenas um juízo sobre a ilicitude, onde verifica se a conduta aparenta ou não ser ilícita, realizando a prisão em flagrante, que poderá ser confirmada ou não pela autoridade policial, nos termos da norma do art. 304 do Código de Processo Penal.

Veja que nestas hipóteses o flagrante se fundamenta apenas numa “aparência de ilicitude”, numa ilicitude provisória, fato que é muito importante quando estudamos a política criminal destes órgãos. Isto porque a atuação ostensiva mais destacada é aquela

⁴³⁰ A atuação ostensiva é aquela realizada pelos órgãos policiais que têm a função de patrulhamento e presença ostensiva, como a Polícia Militar, a Polícia Rodoviária, a Polícia ferroviária etc.

⁴³¹ A atuação judiciária é aquela realizada pelos órgãos da polícia judiciária, notadamente Polícia Civil e Polícia Militar, que tem como atribuição reunir elementos de prova para fundamentar a *opinio delicti* do órgão do Ministério Público.

⁴³² Sobre o tema, vide: BUNDESKRIMINALAMT WIESBADEN. *Polizei und Kriminalpolitik*. Wiesbaden: Bundeskriminalamt Wiesbaden, 1981.

realizada pela Polícia Militar, que apesar de ser um órgão plural, já que vinculado à Administração estadual (fazendo com que a política possa variar de um Estado para outro), atua usualmente em face da criminalidade patrimonial e de uso ou tráfico de drogas.

Normalmente a política criminal destes órgãos é fundada numa atuação ostensiva nos bairros de classe média ou alta, evitando a prática de crimes patrimoniais, e repressiva, através de operações pontuais, em bairros onde há alto nível de criminalidade relacionado ao tráfico de drogas.

Assim, o agente policial, na sua atuação, (pré-)seleciona as condutas que serão levadas à autoridade policial através de um mero e provisório juízo de ilicitude, fato que, evidentemente, conduz a uma maior incidência ou não de certos crimes nos processos.

Já no âmbito da polícia judiciária, que tem por função precípua colher provas da prática da infração penal para formar a *opinio delicti* do órgão do Ministério Público, a política criminal incide sobre a “tipificação da conduta”, já que o delegado, no momento da elaboração do boletim de ocorrência, do auto de prisão em flagrante ou da portaria de instauração do inquérito policial, realiza um juízo de tipicidade da conduta.

Assim, quando um fato é apresentado ao delegado de polícia, ele enquadra esta conduta numa norma penal incriminadora, enquadramento este que, por fundamentar o inquérito policial, influencia todo o deslinde da causa. Explicando melhor, o delegado ao “tipificar” provisoriamente a conduta, conduz a colheita da prova num ou noutro sentido, fato que pode influenciar decisivamente o julgamento do feito.

Nesse ponto fica evidente a diferença da política criminal da Polícia Civil e da Polícia Federal. Enquanto a Polícia Civil tem uma atuação fortemente vinculada à Polícia Militar⁴³³, há uma política de repressão dos crimes patrimoniais e de tráfico e uso de entorpecentes, em detrimento de crimes de “colarinho branco”, que apesar de muito frequentes no âmbito estadual, dificilmente são investigados. Já a Polícia Federal, ao contrário, tem sua atuação muito voltada ao Direito Penal econômico.

Nessa medida, a polícia judiciária federal sempre teve uma política criminal extremamente midiática, voltada à prática de atos que causavam grande humilhação aos

⁴³³ A atuação é “vinculada” porque a maioria das investigações tem início a partir de prisões em flagrante que são realizadas pelos membros da Polícia Militar, e não em razão de um procedimento investigatório propriamente dito.

investigados, como “vazamento” de investigações sigilosas, prisões transmitidas ao vivo, indiciamentos desnecessários etc., prática que, com o tempo, foi incorporada pela Polícia Civil para os casos de grande repercussão.

Apesar da liberdade de informação ser constitucionalmente garantida, a relação entre polícia e mídia é muito nefasta, pois influencia o julgamento da causa, transformando o investigado em inimigo e a absolvição numa decisão impossível.⁴³⁴

1.4.3.2. Política Criminal fiscal

Não é só o Direito Penal que sofre as influências de determinadas orientações políticas. No Direito Tributário, outro ramo notadamente sancionatório, a política fiscal⁴³⁵ conduz as ações do Fisco, que nos momentos em que o Estado está endividado, atua com extrema voracidade arrecadatória, em outros, quando quer estimular o crescimento econômico, diminui a arrecadação.

Como no nosso ordenamento, as sanções aos ilícitos tributários são extremamente graves, muitas vezes desproporcionais, é nesta seara que a política fiscal tem maior atuação. Quando se percebe que há uma recessão ou quando o governo precisa arrecadar (ainda) mais, aumenta-se o rigor sobre as sanções; já quando a economia está em franca expansão ou o governo com as contas equilibradas, afrouxa-se o rigor.

Com o advento do Direito Penal Tributário⁴³⁶, que alçou muitos dos ilícitos tributários à categoria de crime, a política fiscal passou a ser, também, uma espécie de política criminal. Na verdade, confundiu-se política fiscal com política tributária.

O mais exemplo desta confusão é, certamente, a questão da insignificância nos crimes contra a ordem tributária. A norma do art. 2º da Portaria 75/12 do Ministério da

⁴³⁴ Sobre o tema, vide: VERLAG C. H. BECK. *Alternativ-Entwurf Straffjustiz un Medien (AE-StuM)*. Munique: Beck, 2004. SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia: ineficácia da prova divulgada pelos de comunicação para o processo penal e civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁴³⁵ A política fiscal está estritamente relacionada ao orçamento público (política orçamentária) e ao controle do câmbio (política monetária), na medida em que através dela o Poder Público busca equilibrar o orçamento, se valendo, para tanto, do Direito Tributário.

⁴³⁶ No Brasil, o Direito Penal Tributário está regulado pela Lei n.º 8.137/90 e pelo art. 168-A do Código Penal.

Fazenda determina que não sejam executados, na órbita Federal, débitos tributários inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Esta norma tributária, de caráter eminentemente político-tributário, foi transportada para o Direito Penal Tributário, onde se considera que crimes que tenham por objeto valores menores ou iguais a este são insignificantes.⁴³⁷

Esta confusão é, em certa medida, acertada em termos políticos criminais, pois se a sonegação não é considerada relevante nem mesmo para fins administrativos, quanto mais para fins penais. Problema surge, contudo, quando confrontamos a política criminal no Direito Penal Tributário com a política criminal no Direito Penal “comum”, que podemos chamar “dos pobres”, onde o simples furto ou apropriação de um sabonete, de uma barra de chocolate ou de uma galinha, de valor irrisório, que muitas vezes não chega a R\$ 1 (um real) é considerado penalmente relevante.⁴³⁸

1.4.3.3. Política de execução penal

É interessante notar, ainda, que existe uma política de execução penal. Com efeito, a execução penal é um ato complexo⁴³⁹, de natureza jurisdicional⁴⁴⁰, e por isto submetido ao princípio da jurisdicionalidade⁴⁴¹, porém com “intensa atividade administrativa”⁴⁴²,

⁴³⁷ “Desde de 2002, se o valor do tributo suprimido era inferior a R\$ 10.000,00, mínimo para o ajuizamento da execução fiscal, nos termos do art. 20 da Lei n. 10.522/2002, já era aplicado o princípio da insignificância, restando afastada a tipicidade penal. Ocorre que, segundo o art. 2º da Portaria n. 75, de 22 de março de 2012, do Ministério da Fazenda, com redação dada pela portaria n. 130, de 19 de abril de 2012, ‘o Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito. Desse modo, se à Fazenda Nacional não interessa sequer executar débitos nesse valor, considerando sua *irrelevância*, também não se aperfeiçoará o tipo penal, por ausência de lesão relevante ao bem jurídico aqui tutelado, que é justamente a arrecadação tributária.’” (DELMANTO, Roberto; *et alii*. *Leis penais especiais comentadas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 172).

⁴³⁸ Apesar de se levantarem diversas vozes pela aplicação no princípio da insignificância nestas hipóteses, a jurisprudência ainda é vacilante.

⁴³⁹ “É ela [a execução penal] uma atividade complexa que – examinadas as coisas do ponto de vista da natureza da norma jurídica que dela cuida – envolve o direito penal substancial, o direito processual penal e o direito penitenciário que, para muitos, não passa de ramo do Direito Administrativo. (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Execução penal*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1 – *anotações nossas*)

⁴⁴⁰ O ato de executar a pena do condenado é administrativo, contudo, é jurisdicional nas “hipóteses em que pode surgir um conflito entre o direito de punir do Estado e os direitos subjetivos do condenado” (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Execução penal*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 183), como, por exemplo, a concessão de benefícios, a aplicação da lei mais benéfica etc.

⁴⁴¹ “Corolário da legalidade é a jurisdicionalidade, visto que se exige a participação do juiz da execução em todos os momentos da execução da pena e da medida de segurança”. (MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 11).

exercido por órgãos do Poder Executivo (nos Estados, pelas Secretarias de Administração Penitenciária, e na União, pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça), que adotam determinadas orientações políticas elaboradas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.⁴⁴³

Apesar de o Conselho buscar, nas últimas décadas, a legitimação e efetivação das penas alternativas, a execução penal ainda se pauta pela institucionalização dos reeducandos. Isso fica evidente quando observamos que institutos como o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) surgiram como medida política, com caráter muito mais eleitoral do que efetivo.

Além disso, a inexistência da ideia de tipicidade das faltas disciplinares, mesmo as graves, que são consideradas meras infrações administrativas (e por isto submetidas aos princípios de Direito Administrativo), apesar de alterarem substancialmente a execução da pena criminal, criam uma grande margem para a política de execução penal exercida no interior dos estabelecimentos prisionais.

No mais das vezes, a punição do reeducando por uma falta disciplinar, depende da mera vontade do diretor do estabelecimento prisional, que possui grande margem de discricionariedade. Casos semelhantes, ocorridos no mesmo local, porém em circunstâncias diferentes, são decididos de forma diametralmente oposta pois as punições disciplinares são vistas como um instrumento político, que ora é utilizado para demonstrar benevolência, ora para demonstrar rigor.

1.4.4. Política Criminal institucional

A Política Criminal institucional⁴⁴⁴ é aquela realizada por órgãos que lidam com a aplicação ou elaboração da norma penal, porém indiretamente. Diferentemente do Poder

⁴⁴² MARCÃO, Renato. *Execução penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

⁴⁴³ “Caracteriza-se, pois, [o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária] por sua atuação de coordenação da política criminal-penitenciária no contexto nacional, respeitada a autonomia das unidades federadas, como órgão não apenas fiscalizador, mas também, e principalmente, normativo.” (PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Alice; COIMBRA, Mário. *Direito de execução penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 94 – [anotações nossas]).

⁴⁴⁴ A política criminal institucional é aquela praticada pelas instituições, aqui designando “a própria corporação ou organização instituída, não importa o fim que se destine, isto é, seja econômico, religioso, pio,

Legislativo e do Poder Judiciário que, respectivamente, cuidam da elaboração e da aplicação da norma, estas entidades atuam indiretamente na construção da mensagem legislativa e, por isto, são usualmente órgãos parciais, ainda que, na atualidade, exija-se delas certa imparcialidade, como se verá.

Neste âmbito encontram-se todas as entidades que de alguma forma estão ligadas ao processo de repressão ao crime, não só as propriamente estatais, mas também aquelas que atuam em conjunto com o Estado, como as associações, as entidades governamentais e os órgãos de classe. Como o objeto é muito amplo e o tema limita-se à interpretação (e aplicação) da norma penal, limita-se ao estudo das entidades que atuam diretamente no Processo Penal, deixando o estudo das demais para o campo da Criminologia.

Assim, aqui estudaremos as influências da Política Criminal no Ministério Público, e na Ordem dos Advogados do Brasil.

1.4.4.1. Política Criminal no Ministério Público

O Ministério Público, conforme o enunciado da norma do art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil, “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

No nosso ordenamento, o Ministério Público apresenta uma situação jurídica peculiar. Apesar de não ser propriamente um Poder, o Ministério Público não é vinculado a nenhum dos Poderes instituídos, tendo autonomia administrativa e funcional⁴⁴⁵, conferida pela Constituição da República Federativa do Brasil (art. 127 e seguintes).⁴⁴⁶

educativo, cultural, recreativo, etc.” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 753

⁴⁴⁵ Como bem salienta Alexandre de Moraes, “o Ministério Público, atualmente, não se encontra no âmbito de qualquer dos Poderes de Estado, constituindo-se, nos termos da própria definição constitucional, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (princípio da essencialidade), incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. (*Constituição do Brasil interpretada*. 8ª ed. São Paulo: Atlas., 2011. p. 1539).

⁴⁴⁶ Em razão desta autonomia, alguns chegam a afirmar que o *Parquet* seria uma quarta função do Estado, uma espécie de quarto poder: “[...]. E é nessa existência concreta e efetiva do poder/dever de punir do Estado que se encontram as *quatro funções* que consolidam a operacionalização da restrição de direitos individuais num Estado Democrático de Direito, repercutindo diretamente no conceito institucional de Ministério

As funções institucionais atribuídas ao *Parquet* pela Constituição Federal fazem com que ele se sujeite a muitas das limitações que eram anteriormente tidas como próprias do Poder Judiciário. Assim, na atualidade, está o órgão do Ministério Público também submetido a limitações na discricionariedade de sua atuação, naquilo que se denomina de promotor natural⁴⁴⁷, do qual decorre sua necessária imparcialidade.

Com efeito, por possuírem também uma grande responsabilidade política, o órgão do Ministério Público, mesmo no processo penal, não pode ser considerado um sujeito parcial, devendo ter sua atuação estritamente fundamentada na lei e nos elementos de prova colhidos durante a investigação judicial.⁴⁴⁸

Assim, não é possível um “ativismo ministerial”. Não pode o órgão do Ministério Público, seja no processo penal, na ação civil pública ou em qualquer outro meio de atuação que possua, atuar através de ideologias, de posições políticas.

Assim, é equivocada a política criminal, muito recorrente na atualidade, de oferecer a denúncia fundada apenas em elementos indiciários de prova (diga-se, sem prova robusta), transferindo para a defesa a obrigação de fazer prova negativa dos fatos alegados na peça vestibular da ação penal.

No mesmo sentido é equivocada a posição do *Parquet* no sentido de buscar, no bojo do processo penal, a diminuição das garantias do acusado através de expedientes nefastos como interceptações clandestinas ou mesmo da imputação de condutas criminosas aos defensores, como meio de tornar a defesa uma atividade tão penosa que passe a ser impossível.

Público: a função *legislativa* de votar e aprovar projeto de lei (lei em sentido formal) com o tipo e os limites de escala penal; a função *executiva*, ao sancionar e promulgar esta mesma lei; a *persecutória* – o Ministério Público – ao promover a ação penal, com base nessa lei, delimitando os fatos e, como consequência de um processo de individualização, o máximo da pena a ser aplicada; e, por fim, a função *judicial*, ao assegurar o direito individual, aprovando na íntegra ou pondo vetos parciais ou integrais à denúncia do Ministério Público (RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 331).

⁴⁴⁷ “O princípio do promotor natural consiste, pois, na existência de um órgão independente do Ministério Público, escolhido por prévios critérios legais e não casuisticamente, para o exercício das atribuições que a lei conferiu à instituição. (MAZZILLI, Hugo de Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135).

⁴⁴⁸ Como bem anota Vicente Greco Filho, “fundem-se as funções de órgão agente, enquanto titular da ação penal pública, e de órgãos fiscalizados. Essas duas funções, às vezes aparentemente contraditórias, não são, na verdade, porque a função acusatória também é uma forma de promoção da atuação da lei, nos termos colocados no art. 257 do Código, [...]”. (*Manual de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 283).

Ainda que se admita, no plano do discurso, uma política criminal que diminua as garantias do acusado, não pode esta ser levada a cabo por um órgão que, assim como o Poder Judiciário, não tem legitimidade democrática para alterar as leis vigentes e, especialmente, a Constituição.

1.4.4.2. Política Criminal na Ordem dos Advogados do Brasil

A Política Criminal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)⁴⁴⁹ não se confunde com a Política Criminal da advocacia. Sendo uma atividade plural, onde atuam indivíduos das mais diversas formações⁴⁵⁰ e ideologias, a advocacia não é uniforme o suficiente para se dizer que possa existir uma política criminal, porém, a Ordem dos Advogados do Brasil apresenta, nos últimos anos, uma muito evidente.

Com efeito, a Ordem tem apresentado uma forte atuação política pela moralização das Instituições, especialmente do Poder Executivo e do Poder Legislativo, através do apoio a projetos de lei que alteraram descimente o Direito Eleitoral, como é o caso da Lei da Ficha Limpa, apenas para citar um exemplo (Lei Complementar n.º 135/10).

Esta política institucional “anticorrupção” levou a Instituição a construir uma Política Criminal que vai de encontro aos anseios da advocacia, especialmente da advocacia criminal.

Não existe nada que se oponha mais à atividade policial e ao Ministério Público, quando atua como órgão de acusação, do que a advocacia. Porém, a Ordem dos Advogados do Brasil, em algumas situações, demonstrou uma Política Criminal que não só viola o conceito de advocacia (como sacerdócio e como profissão), como também as funções

⁴⁴⁹ A atuação política do órgão de classe está estritamente vinculada às peculiares características da Instituição, fenômeno que é muito debatido na doutrina: “Por suas peculiares características, que a diferenciam dos demais conselhos de classe, a questão da natureza jurídica da Ordem dos Advogados, de há muito, vem suscitando acalorados debates. Não se pode deixar de reconhecer que, efetivamente, o tema é dos mais árduos, uma vez que de suas próprias finalidades, destacam-se elementos ora submetidos às regras de Direito Público, ora pertinentes apenas ao Direito Privado”. (RAMOS, Gisela Godin. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 501).

⁴⁵⁰ Aqui não se está falando de formação em sentido de formação jurídica, já que todos os advogados são, necessariamente, bacharéis em Direito, mas sim em formação humanística.

institucionais, previstas na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 134) como no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 8.906/94).⁴⁵¹

Não é atribuição da Ordem dos Advogados do Brasil buscar a “moralização” da nossa política, através do recrudescimento das leis penais, ou requerer, como aconteceu no ano de 2010, no caso da prisão do então Governador do Distrito Federal, a prisão preventiva de um indivíduo, sendo estas atribuições do Parlamento e do Ministério Público, respectivamente.

Não cabe à direção da entidade, de forma arbitrária, atuar politicamente, nos moldes do que ocorre no decisionismo (judicial), escolhendo uma posição ideológica que viola não só a essência da profissão, como as normas que a regulam.

Na verdade, para arrematar a questão, a adoção de uma Política Criminal pró-acusação por parte da OAB não só viola as prerrogativas dos advogados que aturam ou atuam nos casos em que a instituição interveio (como parte contrária), mas de toda a classe, à medida que enfraquecem o direito de defesa.

1.5. OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO NO DIREITO PENAL

O Direito é um fenômeno linguístico: a lei é o código, a norma é a mensagem da comunicação legislativa. Contudo, este não é um fenômeno linguístico “ordinário”, “comum”, pois as leis são promulgadas para se aplicarem por tempo indeterminado, até que ocorra sua revogação, a um número indeterminado de casos, ocorridos nos mais diversos locais onde o Estado tenha soberania, dentro ou fora do território nacional.

Assim, a lei está sujeita de maneira muito mais evidente aos fenômenos da mutação e da variação linguística. Conforme a norma é construída nos mais diversos pontos do

⁴⁵¹ Como bem anota Paulo Lôbo, “a função da OAB não é indicar opções políticas conjunturais, porque não é o Parlamento do País, mas denunciar os desvirtuamentos dos parâmetros do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos, da justiça social, colaborando para a melhoria das instituições, inclusive com propostas político-legislativas, tendo em mente sempre as linhas estruturais da vida nacional” (*Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 257).

território nacional ou, com o tempo, com a alteração dos repertórios linguísticos, a partir da mesma lei, de um mesmo enunciado, podem ser construídas normas muito diferentes.

O método linguístico-estruturante, proposto neste trabalho, é aplicável a todos os ramos do Direito. Assim deve ser com qualquer teoria da interpretação jurídica, pois, caso se pretendesse elaborar uma teoria para cada um dos diversos ramos, negaríamos a própria unidade do sistema que, apesar das peculiaridades pontuais, apresenta uma estrutura comum, um conjunto de paradigmas que devem ser observados na construção de sentido de todas as normas jurídicas.

Podemos citar como exemplo de um desses paradigmas a estrutura lógico-sintática da norma jurídica, que possui a mesma estrutura fundamental em todos os ramos do Direito, ainda que, em alguns casos, possa apresentar algumas peculiaridades.⁴⁵² Outro paradigma, apenas para citar mais um exemplo, é a possibilidade de mutação (variação no tempo) e variação linguística (variação no espaço), pois, sendo o Direito um sistema linguístico, está sujeito a variações espaço-temporais.

Porém, nos ramos essencialmente punitivos, submetidos aos estritos limites do princípio da legalidade, como é o caso do Direito Penal, o estudo dos fenômenos da mutação e da variação linguística se mostra muito mais relevante⁴⁵³, especialmente como meio de demonstrar que a interpretação pode sofrer alterações no tempo (mutação) e no espaço (variação), e que muitas vezes, não é necessária a alteração legislativa para se modificar o “sentido” da norma, bastando uma efetiva interpretação, sem que essas situações ofendam o princípio da legalidade.

Especificamente no caso do Direito Penal, que é o ramo que apresenta as sanções mais graves do ordenamento jurídico, a interpretação está estritamente vinculada ao princípio da legalidade, dele decorrendo diversos postulados como o da extratividade da lei penal mais benéfica⁴⁵⁴ e o da proibição de analogia.⁴⁵⁵

⁴⁵² Veja o exemplo das leis penais incompletas, que além da estrutura lógico-sintática “regular”, apresentam outros elementos (sobre o tema, *vide*: “Capítulo 2 – Tipicidade e hermenêutica da lei penal incompleta”).

⁴⁵³ Isso não significa que seja também relevante em outros ramos do Direito, como o Direito Constitucional, onde o fenômeno da mutação é estudado há muito, ainda que não numa perspectiva linguística (sobre o tema *vide*: VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014), mas que no Direito Penal, assim como nos demais ramos punitivos, a discussão deve ser realizada sem se perder de vista a prevalência do princípio da legalidade, fato que não é tão presente noutros ramos.

⁴⁵⁴ Nesse sentido é a lição de Cláudio Brandão: “Com relação à lei penal no tempo, a norma penal em branco está submetida às mesmas regras gerais explicadas anteriormente, inclusive com relação ao seu complemento. Por exemplo, se a portaria do Ministério da Saúde que relaciona as substâncias entorpecentes é

Contudo, apesar da aplicação do referido princípio ao enunciado legislativo ser tratado de maneira unânime pela doutrina, são poucos os que se debruçam sobre a sua aplicação à doutrina e à jurisprudência.

Como já se disse, os enunciados dos tipos (tipos penais) são modelos linguísticos, compostos de signos, que ora são modelos-conceito, ora modelos-tipo. A partir de cada um desses modelos, pode-se construir o sentido do enunciado através das mais diversas associações (fontes), como a doutrina e a jurisprudência.

Nessa medida, a doutrina pode influenciar de maneira decisiva a interpretação, conforme influencie o repertório do intérprete. Assim, o fato de se adotar uma ou outra teoria pode influenciar a interpretação do enunciado legislativo.

Essa circunstância conduz à indagação de se seria possível ou pertinente a aplicação do princípio da legalidade aos preceitos doutrinários, especialmente naquelas hipóteses em que há uma “ruptura doutrinária” através de uma teoria que traga paradigmas diversos daqueles que usualmente são aplicados.

De maneira muito mais evidente a discussão coloca-se com relação à jurisprudência. Os enunciados jurisprudenciais, ainda que não possam ser considerados propriamente “precedentes”, são modelos-tipo, modelos linguísticos criados para demonstrar a interpretação realizada pelo órgão julgador em caso pretérito, mas que podem ser utilizados na interpretação de situações semelhantes e futuras.

Com isso se coloca a questão de se estaria a interpretação e, consequentemente, os enunciados doutrinários e jurisprudenciais, submetida ao princípio da legalidade, isto é, protegida de mutações abruptas ou de aplicações retroativas.

Da mesma forma, é profícua a discussão sobre os efeitos da variação, especialmente da regional e da sociocultural, na interpretação do Direito.

acrescida por um novo elemento, não é possível a incriminação retroativa do uso da novel substância. Com efeito, somente se poderá incriminar o uso da novel substância entorpecente a partir da vigência da nova portaria. De outra parte, se a mesma portaria do Ministério da Saúde retira de seu rol uma determinada substância, haverá *abolitio criminis* com relação a todas as persecuções penais envolvendo o uso da substância que foi retirada da norma. Como se vê, todos os postulados referentes à lei penal no tempo se aplicam à norma penal em branco. (Direito Penal: Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 83).

⁴⁵⁵ A doutrina é unânime no sentido de que o que é proibido é a analogia (a criação de um novo crime com fundamento em outro semelhante), e não a interpretação analógica. Aqui, há uma confusão entre processo e produto. Com efeito, a analogia é o produto de uma interpretação analógica, e aquilo que a doutrina denomina de “interpretação analógica” é, na verdade, apenas interpretação.

Os juízes e os juristas não são os únicos destinatários dos enunciados legislativos. A mensagem legislativa é dirigida a todos aqueles que estão, de alguma forma, submetidos à jurisdição brasileira em matéria penal, em todos os cantos do Brasil, falantes ou não da língua portuguesa.

A norma jurídica, então, é construída por uma série ilimitada de intérpretes, de diversas idades, formações culturais, situações econômicas e regionais, fatores estes que podem influenciar o resultado da interpretação, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de erro culturalmente condicionado, que nós preferimos chamar de erro linguisticamente condicionado.

Assim, nesse momento do trabalho, discute-se a influência da mutação e da variação linguística na hermenêutica jurídica.

1.5.1. A interpretação no tempo: retroatividade, irretroatividade e ultratividade da interpretação

As leis, em regra, são elaboradas para perdurar de maneira indefinida, até que outra a derogue ou ab-rogue. Esta duração indeterminada faz com que as leis perdurem às mudanças linguísticas: enquanto a lei, o enunciado legislativo, remanesce estática, imutável, a língua, que é dinâmica, muda constantemente. Com isso, o significado e a significação dos signos que compõem o enunciado, com o passar dos anos, são alterados ou até mesmo desaparecem, fazendo com que se altere, também, a norma que pode ser construída a partir deste enunciado.

No Brasil, a ausência de conhecimento sobre (teoria da) hermenêutica por parte dos operadores do Direito fez com que surgisse a ideia de “lei velha”. Passados muitos anos da promulgação de um enunciado legislativo, a doutrina e a jurisprudência são tão incapazes de construir um novo significado que, o texto é considerado velho, antiquado, passível de substituição.

É o que acontece com muitos dispositivos do Código Penal, que teve sua Parte Especial elaborada no longínquo ano de 1940, passando, durante sua vigência, por diversos regimes constitucionais, ora totalitários, ora democráticos, e por diversas alterações na

sintaxe, na semântica e, especialmente, na pragmática da língua portuguesa, que fez com que, para alguns, se tornasse um diploma anacrônico, que demandaria urgente e total reformulação, que viria através do “Novo Código Penal”.

Porém, é este o papel da hermenêutica jurídica: atualizar o significado e a significação dos diplomas legislativos em face das mutações que ocorrem na linguagem.

Caso considerássemos a hermenêutica jurídica como inexistente ou inválida, a cada nova mutação linguística haveria uma alteração legislativa, o que tornaria a atividade do legislador absolutamente impossível, dada a dinamicidade da língua. A cada novo dia publicam-se novas teses jurídicas, novos tipos jurisprudenciais são construídos, condutas que eram antes consideradas ilícitas passam a ser lícitas etc.

A dinamicidade da comunicação humana não pode ser apreendida de forma absoluta no enunciado legislativo, sob pena de tornarmos o Direito impraticável, e é justamente para que o direito possa “sobreviver” às alterações linguísticas que se desenvolveu uma teoria hermenêutica.

Nessa medida se coloca a indagação: a interpretação está submetida ao princípio da legalidade? Um enunciado interpretativo, caso mais benéfico, pode retroagir para ser aplicado a situações passadas? Ou de maneira contrária, pode um enunciado menos benéfico ser aplicado para situações passadas?

Contudo, antes de respondermos a estas perguntas, temos de estudar a influência do tempo no repertório linguístico e na confiança.

1.5.1.1. Tempo, repertório linguístico e confiança

A comunicação se dá no tempo: no momento em que se enuncia uma frase, o futuro se torna presente, e este, o passado. No Direito, onde a comunicação se realiza por um longo e indeterminável período de tempo, o enunciado linguístico que foi emanado no passado deve servir como fundamento para a construção da norma no futuro, assim como a

jurisprudência, emanada no presente com fundamento num caso passado, pode ser aplicada a um caso futuro⁴⁵⁶, orientando a construção da norma.

Nessa medida, a questão de como o tempo influencia o repertório linguístico e a confiança que se deposita em determinados fenômenos se mostra de extrema relevância.

Como o repertório linguístico é construído intersubjetivamente, através da comunicação, demanda determinado período de tempo para que se estabeleça. Conforme os indivíduos se comuniquem num ou noutro sentido, com o tempo, a intersubjetividade cria um modelo linguístico, criando, conseqüentemente, expectativas comunicativas (sociais)⁴⁵⁷.

Não se trata de uma questão de segurança jurídica, um “princípio” indeterminado de duvidável significância⁴⁵⁸, ou mesmo de boa-fé, instituto de Direito Privado, que é uma decorrência da estabilidade comunicativa, não sua causa⁴⁵⁹, mas sim de se reconhecer que o Direito é intersubjetivamente construído. Mesmo os enunciados legislativos que têm natureza de modelos-conceito são construídos intersubjetivamente, primeiro pelo Parlamento e, depois, pelas expectativas comunicativas que geram na sociedade.

A intersubjetividade conduz à (certa) estabilidade que, por sua vez, dá causa à confiança. Conforme a intersubjetividade desenvolve um determinado sentido na comunicação, cria-se a expectativa nos membros da sociedade de que a comunicação será sempre naquele sentido.

Esta estabilidade é ainda mais relevante no Direito em razão da presença dos fenômenos da ignorância, do erro e da dúvida sobre a construção de sentido da mensagem

⁴⁵⁶ “[...], a decisão judicial sempre se dá no presente, em relação a fato pretérito (reconstituído), projetando-se para o futuro”. (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 316).

⁴⁵⁷ Existem outras perspectivas sobre o fenômeno, como a de Niklas Luhmann que é trabalhada por Misabel Abreu Machado Derzi: *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 316 e ss.

⁴⁵⁸ O “princípio da segurança jurídica” é usado para fundamentar uma série de teses sobre o Direito. Contudo, a segurança não é um princípio jurídico propriamente dito, mas sim a garantia da estabilidade comunicativa que existe na sociedade. É lógico que, algumas vezes, a estabilidade como comunicativa pode ser rompida, sofrendo-se uma revolução, contudo, a regra é que as alterações sejam processadas com razoável lentidão.

⁴⁵⁹ Os institutos da *surrectio*, da *supressio* e do *tu quoque* estão estritamente relacionados à estabilidade comunicativa no âmbito do Direito Contratual. Com efeito, quando uma cláusula avençada não é exercida ou quando uma cláusula não avençada é exercida (com a aceitação, ainda que tácita, do outro contratante), cria-se uma expectativa comunicativa que deve ser observada pelas partes.

legislativa, isto é, da própria norma jurídica. A estabilidade permite que se construa, com melhor clareza, a norma jurídica.

É por isto que a legalidade, apesar de mais forte nos ramos sancionatórios como o Direito Penal e o Direito Tributário, está presente, em maior ou menor grau, em todos os ramos do Direito. Observe-se que, mesmo em ramos considerados muito dinâmicos, como o Direito Empresarial, existe um conjunto de normas jurídicas “estável” (v.g., Código Civil, Lei das Sociedades por Ações etc.), que remanesce imutável e que permite que sejam construídas, na prática comercial, novas comunicações que, com a intersubjetividade, ganham caráter normativo, transformando-se num costume.

Essa estabilidade não significa, contudo, que as leis sejam imutáveis. Com a evolução da sociedade, são produzidas através do processo legislativo e pelo costume normas que substituem e, muitas vezes, rompem com aquilo que era anteriormente proposto. Mesmo no Parlamento, onde há um maior rigor formal, ínsito ao processo legislativo, também se faz presente a intersubjetividade comunicativa na medida em que seus membros foram democraticamente eleitos pelo povo e, por isto, representariam indiretamente seus interesses.

Da mesma forma, como a doutrina e a jurisprudência são utilizadas na construção da norma jurídica, estão elas submetidas, também, a algum grau de estabilidade. Porém, em razão das diferenças substanciais entre os dois fenômenos, eles não podem ser estudados de maneira única, devendo ser cindido o estudo.

1.5.1.2. A interpretação jurisprudencial no tempo

Como se disse, os tipos jurisprudenciais são criados com fundamento em fatos pretéritos. Quando se emana um acórdão, se constrói uma súmula, etc., o órgão julgador tem como fundamento um caso passado, sendo a jurisprudência apenas um meio de enunciar a interpretação adotada no julgamento.

Apesar de não poderem ser consideradas paradigmas, como ocorre no Direito Norte-americano, as diversas formas de jurisprudência são utilizadas como meio de interpretação para casos futuros, isto é, a partir da jurisprudência, construída para um caso

passado, constrói-se o sentido da interpretação de um caso posterior, ocorrido num momento em que aquela jurisprudência ainda não possuía existência jurídica.

Assim, cria-se uma expectativa de que a lei será interpretada, pelo Tribunal, de determinada forma e, nessa medida, deve-se aplicar à jurisprudência o princípio da anterioridade⁴⁶⁰, especialmente naqueles casos em que há uma ruptura com a jurisprudência até então dominante.

Imagine-se o exemplo do proprietário de um aquário que vende peixes ornamentais, que, na tentativa de evitar a prática do crime de sonegação fiscal (art. 1º da Lei n.º 8.137/90), constata que, com relação ao ICMS, não há incidência da norma à circulação do produto “peixe em estado natural” em razão da isenção por exemplo. Buscando a jurisprudência sobre o assunto, observa que se tem aplicado a isenção à venda de peixes ornamentais e, assim, deixa de recolher o imposto.

Tempos depois, contudo, vê-se surpreendido por uma mudança radical na interpretação da norma tributária, que passa a considerar que a incidência não incide à espécie e que, todos aqueles que deixaram de recolher o tributo, cometeram sonegação fiscal.

Evidentemente que, nesta hipótese, a interpretação não poderia retroagir, pois prejudicaria o réu. Com efeito, se a interpretação foi feita com fundamento na jurisprudência até então tida como majoritária (ainda que não unânime), mas que depois foi superada pelo entendimento contrário, não há como se postular pela retroatividade no âmbito do Direito Penal em razão do princípio da legalidade.

Da mesma forma, mas em sentido contrário, caso a jurisprudência majoritária prejudicial ao réu seja superada por um novo entendimento mais benéfico, este deverá retroagir para abarcar casos passados.

No mesmo exemplo, caso o proprietário do aquário houvesse sido condenado pela prática do crime de sonegação fiscal com fundamento no entendimento majoritário de que

⁴⁶⁰ No mesmo sentido é a lição de Mariângela Gama de Magalhães Gomes: “[...]. A fim de tornar efetivas as garantias do princípio da legalidade no direito penal, a regra da anterioridade deve prevalecer na jurisprudência da mesma forma que em relação à lei e, nesse sentido, merece ser acolhida e utilizada. Se o objetivo da uniformização da jurisprudência é fazer com que desapareçam as consequências indesejáveis dos contratos na aplicação do direito, é importante eliminar a possibilidade de alguém ser responsabilizado criminalmente de um modo que não poderia prever no momento em que atuou, em razão de um entendimento sedimentado em sentido diverso do que lhe foi aplicado”. (*Direito Penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008.p. 173).

a isenção não se aplicava à hipótese e, posteriormente, este entendimento fosse alterado, poderia, até mesmo, haver revisão criminal.

Isso não significa que a jurisprudência deve ser imutável. Normalmente, a jurisprudência segue determinada linha, porém, em algumas hipóteses esta “tradição jurisprudencial” é rompida através da introdução de um novo modelo-tipo. São nestas hipóteses que a aplicação do princípio da legalidade se mostra mais relevante, pois garante ao destinatário da norma que, eventual mudança abrupta no curso da jurisprudência não poderá prejudica-lo.

Além disso, não há óbice prático para a aplicação do princípio da anterioridade aos tipos jurisprudenciais pois, todas as suas formas são publicadas no Diário Oficial e, só a partir deste ato, começam a ter validade jurídica. Assim, existe um marco temporal claro que pode fundamentar a irretroatividade da jurisprudência menos benéfica e a retroatividade da jurisprudência mais benéfica.

1.5.1.3. A interpretação doutrinária no tempo

A questão do estudo da doutrina no tempo é muito mais complexo do que estudo da lei ou da jurisprudência. Apesar de a doutrina, em regra, seguir alguns postulados teóricos (v.g., a teoria do bem jurídico na atualidade), não há expectativa comunicativa, podendo haver uma abrupta ruptura. Na verdade, é de se esperar da doutrina a capacidade de questionar os postulados vigentes através da formulação de novas teses, não se podendo falar na previsibilidade da interpretação científica.

Além disso, a doutrina não está vinculada a nenhum caso concreto ou à dialética do Poder Judiciário, o que a torna uma forma de interpretação muito mais livre, desvinculada, inclusive, daquilo que dispõe a lei.

No mais, é muito difícil se identificar o marco temporal da enunciação da interpretação doutrinária. Como a ideia de retroatividade ou irretroatividade de determinada interpretação é feita através de comparação dos marcos temporais, que devem ser bem definidos, sabermos qual é o momento em que a interpretação foi exarada é de suma importância.

É bastante discutível qual seria considerado o momento da enunciação da interpretação doutrinária. Poderia se argumentar que seria o momento da publicação ou, até mesmo, o momento de sua defesa, no caso dos trabalhos científicos, o que dificulta sobremaneira a fixação de um marco temporal.

Por outro lado, caso não se fixe um marco temporal para a incidência da interpretação doutrinária, abrir-se-ia a possibilidade para a criação de interpretações *ad hoc*, criadas para atender àquele caso concreto específico, o que poderia ser bastante deletério às garantias penais.

Porém, além de ser da dinâmica forense a produção de interpretações doutrinárias *ad hoc* através de pareceres elaborados por juristas e acostados aos autos dos processos, o debate doutrinário (ainda que não no interior do processo) pode contribuir para a correta construção da norma jurídica e, consequentemente, para um julgamento mais justo do caso concreto.

O tema é complexo e pode apresentar as mais diversas soluções, contudo, é certo que o princípio da legalidade e a consequente ideia de irretroatividade da interpretação não podem ser vistos de forma absoluta, não devendo ser estendida à doutrina.

1.5.2. A interpretação no espaço: a influência das variações regionais e socioculturais na interpretação

Além do tempo, a interpretação pode ser influenciada pelo espaço. Não só pelo espaço geográfico, mas também pelo espaço sociocultural, pelo complexo de interações linguísticas que o indivíduo realiza na sua região ou comunidade.

Assim, discute-se como num Estado Federal, as variações regionais influenciam a interpretação e de que maneira a uniformização da jurisprudência pode ou não acabar com este fenômeno. No mais, discute-se como a variação sociocultural pode afetar a construção da norma jurídica pelos seus destinatários, isto é, por todos os indivíduos submetidos à lei penal brasileira.

1.5.2.1. Federalismo, variações regionais e uniformização da jurisprudência

A variação regional é a existência de diferenças nos repertórios linguísticos dos indivíduos pertencentes a regiões geográficas distintas. O fenômeno aparece na maioria dos sistemas linguísticos, mesmo aqueles limitados a pequenos territórios. Contudo, é nos países com grandes dimensões territoriais que a variação regional se mostra mais intensa e relevante.

Apesar de se impor uma língua oficial (v.g., o português no Brasil e o inglês nos Estados Unidos da América do Norte), a grande extensão territorial, os constantes fluxos migratórios e o contato linguístico com indivíduos falantes de outras línguas, especialmente nas regiões de fronteira, fazem com que não exista uma unidade linguística de fato.

No Brasil, existem diversas comunidades indígenas, colônias de imigrantes e regiões fronteiriças onde o português é tratado como uma segunda língua, assim como nos Estados Unidos da América do Norte, onde nos estados-membros que fazem fronteira com o México predomina a língua espanhola.

A questão é tão importante que, nos dois países, foi elevado a nível constitucional. No Brasil, o enunciado da norma do art. 13 da Constituição da República Federativa do Brasil,⁴⁶¹ já nos Estados Unidos da América do Norte, que possui uma federação de fato, de natureza centrífuga, muitos dos Estados-membros adotam a língua inglesa como oficial.

Em nosso país, a relação entre língua e vínculo federativo se mostra complexa pois, ao adotarmos um sistema centrípeto, onde apesar da (relativa) independência dos Estados-membros, a União remanesce com grande poder, especialmente no que diz respeito ao processo legislativo em áreas como o Direito Penal. Com isso, coloca-se em questão se é necessário e possível a adoção de uma interpretação uniforme da lei penal.

⁴⁶¹ “A declaração da língua portuguesa como idioma oficial do Brasil possui uma dupla dimensão. Tendo o Estado como destinatário da norma, obriga que o português seja utilizado em todas as cerimônias e documentos oficiais e que documentos em língua estrangeira sejam traduzidos ao vernáculo, para terem validade em nosso país.

Tendo como destinatários os cidadãos, a norma constitucional consagra o direito fundamental ao conhecimento e ao uso da língua portuguesa, tanto em sua modalidade culta quanto em suas variações regionais. [...]”. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes; *et alii.* (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 653).

Como dissemos na primeira parte deste trabalho⁴⁶², o regionalismo linguístico influencia a construção do sentido da norma de modo que, apesar da unidade legislativa, uma conduta que é considerada criminosa em São Paulo pode não ser no Rio Grande do Norte⁴⁶³, e vice-versa. Os fatores regionais, que têm também um forte componente sociocultural, influenciam a interpretação da lei, fato que reverbera na jurisprudência dos tribunais.

Porém, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê a uniformização da jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, *b*), como meio de evitar interpretações divergentes da lei federal nas diversas regiões.

Contudo, apesar de válida a iniciativa, a uniformização da jurisprudência não conduz à unidade da construção de sentido da norma jurídica. Como a construção da mensagem legislativa não se limita ao processo, às discussões judiciais, as disparidades linguísticas existentes entre as diversas regiões do Brasil fazem com que a lei seja interpretada de maneira diversa, até mesmo contraditória em alguns casos, não se podendo uniformizar de maneira “ficta” o fenômeno.

Assim, a tentativa de uniformização da interpretação jurídica não pode ser absoluta, devendo ser respeitadas as interpretações regionais, na medida em que tenham fundamento hermenêutico, estando inclusive de acordo com as normas da Constituição Federal.

1.5.2.2. Variação sociocultural e a construção da norma pelos seus destinatários

A comunicação legislativa não é dirigida apenas aos juízes. Na verdade, estes são apenas os destinatários secundários da comunicação, pois a mensagem é dirigida a todos os cidadãos para que seu comportamento seja devidamente influenciado e, apenas no caso de violação desta determinação, é que será dirigida aos magistrados como meio de fundamentar e limitar a aplicação da sanção.

⁴⁶² Vide item “3.4.2.1. Sistemas regionais (variação regional ou diatópica)”, da Primeira Parte.

⁴⁶³ Apenas para não dar azo a interpretações equivocadas, reforça-se que o exemplo é meramente ilustrativo.

A mensagem deve ser construída por um número indeterminado de indivíduos que, apesar de falantes da mesma língua⁴⁶⁴, possuem idades diferentes, formações distintas, professam ou não determinada religião, enfim, possuem repertórios linguísticos diversos, e disto podem redundar construção diversa da mensagem legislativa.

Não se está aqui a defender um perigoso relativismo hermenêutico, mas a se constatar que estes fenômenos influenciam a formação, o repertório linguístico dos indivíduos e, conseqüentemente, a construção de sentido de todas as comunicações que lhe são dirigidas, não só a jurídica.

Na primeira parte deste trabalho discorreu-se sobre os elementos da variação sociocultural (idade, religião, economia etc.) e de como este fenômeno pode influenciar a construção do repertório linguístico. Já nesta parte, há de se destacar que estes fenômenos conduzem à interpretação diferenciadora do direito.

Ainda que na interpretação jurídica doutrinária e judicial exista uma maior uniformidade, na interpretação “vulgar”, que é aquela realizada por todos os cidadãos submetidos à norma, as variações socioculturais são de extrema relevância.

Isso é verificável não só nos crimes “de pobre”, do “andar de baixo”, mas também na criminalidade econômica, como, por exemplo, na criminalidade praticada por organizações empresariais. Como se disse na primeira parte⁴⁶⁵, a linguagem (lógica) do mercado faz com que os homens de negócios vejam determinadas condutas ilícitas como justificadas do ponto de vista da ética empresarial.

Há uma série de exemplos de condutas combatidas pelo Direito Penal mas que são moralmente legítimas e muitas vezes recomendadas no âmbito empresarial como a pirataria e a blindagem tributária.

Nos crimes “de pobre”, da mesma forma, o repertório linguístico torna moralmente justificável a interpretação distorcida do Direito. A lógica do consumo torna moralmente justificável o tráfico de drogas, por exemplo, como meio de ascensão social através da compra de bens materiais.

⁴⁶⁴ Como já se afirmou neste trabalho, jamais haverá absoluta coincidência de repertórios, contudo, existem casos extremos onde o destinatário da norma desconhece absolutamente a língua, como no exemplo de um estrangeiro que esteja no País.

⁴⁶⁵ Vide item “3.4.2.1.6.3. A linguagem do mercado e a criminalidade econômica” da Primeira Parte.

O tema é, na verdade, tão complexo que poderia até mesmo fundamentar um novo ramo da Criminologia, uma “Criminologia Linguística”, porém, aqui, cumpre destacar que a variação sociocultural tem papel relevante na construção do sentido da norma jurídica, inclusive podendo conduzir ao erro de proibição como se estudará abaixo.

CAPÍTULO 2

TIPICIDADE E HERMENÊUTICA LINGUÍSTICO- ESTRUTURANTE DA LEI PENAL INCOMPLETA

2.1. CONCEITO

Como se destacou em outra passagem, lei e norma, apesar de serem fenômenos interdependentes, não se confundem.⁴⁶⁶ A norma, gênero do qual faz parte a norma penal, é o produto da construção de sentido da mensagem legislativa. Essa mensagem é, em parte, construída pelo legislador que escolhe os signos que comporão o enunciado legislativo e, parte pelo intérprete, que atribui sentido a esses signos.

A norma, em termos sintáticos, sempre é composta por uma hipótese, também denominada de antecedente, e de uma sanção, uma consequente. Assim, se pensarmos que cada norma é composta por uma norma de conduta e uma norma de sanção, e que tanto a norma de conduta quanto a norma de sanção é composta de pelo menos uma hipótese e uma consequência, temos que a mensagem legislativa (a norma em si) só pode ser construída se estiverem presentes todos esses elementos.

Por outro lado, o enunciado legislativo, que é código utilizado pelo legislador para transmitir mensagem pode ser incompleto; isto é, pode conter “lacunas” que devem ser preenchidas pelo intérprete no momento da construção da mensagem. Pode ocorrer de hipótese da norma de conduta ou a consequência da norma de sanção serem encontrados em outros enunciados, ou mesmo que algum dos termos que compõe o enunciado da hipótese da norma de conduta tenha seu sentido trazido por outro diploma legislativo.

Essas hipóteses em que existem “lacunas” no enunciado legislativo são denominadas leis penais incompletas, e comportam quatro espécies: a lei penal incompleta em sentido estrito, a lei penal em branco, os crimes de infração de dever e os crimes consequentes.

⁴⁶⁶ Sobre o tema, *vide* “Capítulo 1 – pressupostos para uma teorética da hermenêutica linguística” da Primeira Parte.

2.2. LEIS PENAIS INCOMPLETAS EM SENTIDO ESTRITO

As leis penais incompletas são aquelas em que não existe correspondência entre a estrutura sintática da norma e o enunciado legislativo.⁴⁶⁷ São as leis que demandam, na construção da mensagem legislativa (norma), a combinação de um ou mais enunciados legislativos.⁴⁶⁸

Como se disse na Primeira Parte deste trabalho, tanto as normas jurídicas de conduta quanto as normas jurídicas de sanção possuem a mesma estrutura lógico-sintática. Apesar da mutabilidade lógico-sintática, em alguns casos, pode ocorrer que a hipótese da norma de conduta ou o consequente da norma de sanção não estejam descritos no enunciado legislativo (respectivamente, no preceito primário e no secundário)⁴⁶⁹, dando ensejo ao fenômeno ora estudado

Nessas hipóteses, o legislador, em razão da adoção de uma técnica legislativa pouco recomendável, diga-se, fixa a conduta ou a pena em outro tipo penal. O exemplo clássico é o do crime de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal)⁴⁷⁰, onde o consequente da norma de sanção, o preceito secundário, é equiparado ao da falsificação documental, necessitando, portanto, de complementação.

⁴⁶⁷ “Normas penais incompletas ou dependentes são aqueles preceitos que somente têm sentido como complemento ou integração da conduta ou da consequência jurídica de uma norma penal completa.” (MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 1993. p. 32).

⁴⁶⁸ “[...]: Leis penais incompletas são as que não formulam uma norma completa que se estrutura num pressuposto (preceito primário) e na consequência jurídica subsequente (preceito secundário). São incompletas ou imperfeitas as leis penais que dependem da combinação ou do complemento de outras leis ou outros atos normativos, seja para expressar sua integralidade ao pressuposto normativo (a situação fática ou o preceito primário), seja para exprimir a consequência jurídica (preceito secundário). Toda lei penal que faz remissão a outra lei para completar uma das partes da norma (situação fática ou castigo) ou que depende de outra lei para se alcançar a definição da norma, é uma lei penal incompleta ou imperfeita, que é, portanto, um gênero que conta com muitas espécies. A mais eloquente e conhecida espécie de lei incompleta é, sem sombra de dúvida, a lei penal em branco”. (GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 1: introdução e princípios gerais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 625).

⁴⁶⁹ É interessante notar que o fenômeno da lei penal incompleta pode ocorrer apenas como o antecedente da norma de conduta, descrito no preceito primário do tipo, ou com o consequente da norma de sanção, descrito no preceito secundário; por outro lado, como o consequente da norma de conduta e o antecedente da norma de sanção são construções hermenêuticas, eles jamais estarão sujeitos ao fenômeno.

⁴⁷⁰ “Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.”

2.2.1. O fundamento das leis penais incompletas em sentido estrito e a sua duvidosa constitucionalidade

Não há fundamento nenhum para a adoção das leis penais incompletas em sentido estrito “senão uma mera razão técnica e de economia legislativa”.⁴⁷¹ O legislador, como forma de evitar excessivas repetições de signos, vale-se desta abjeta técnica, remetendo o preceito secundário da lei penal (a pena) a outro enunciado normativo.

Parte da doutrina afirma que todos os preceitos da parte especial do Código Penal seriam incompletos, já que seriam complementados pelos preceitos da parte geral, especialmente por aqueles que modificam o grau de culpabilidade, como as circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas. Contudo, tal posicionamento é um retorno à teoria dos elementos negativos do tipo.

Pode parecer que se adota a teoria dos elementos negativos quando, na primeira parte deste trabalho, discorre-se sobre os elementos positivos e negativos de incidência. Porém, há de se destacar que, diferentemente da teoria dos elementos negativos do tipo, onde a norma deve conter todos os elementos que afastam a sua incidência (v.g., para os adeptos da teoria dos elementos negativos do tipo, a norma construída do enunciado do art. 121 do Código Penal *seria matar alguém, salvo em legítima defesa, estado de necessidade, etc.*), na teoria ora adotada, a norma deve conter todos os elementos que permite sua incidência, isto é, elementos positivos de incidência.⁴⁷²

Os elementos positivos são aqueles que têm de estar presentes para que haja a incidência da norma, que, no caso do Direito Penal, são a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, e os elementos negativos são aqueles que afastam a incidência da norma que, no caso, é a punibilidade.

No mais, a existência de uma Parte Geral no Direito Penal não pode servir de fundamento para a existência de uma técnica legislativa tão desprezível. Ora, o fato de os elementos da Parte Geral (tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade) serem levados

⁴⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 1993. p. 33.

⁴⁷² É de se notar que tais elementos estão relacionados à incidência da norma, e não ao tipo (enunciado legislativo) que, na verdade, é apenas um dos elementos do juízo de incidência.

em consideração no momento da incidência da norma penal não significa que os preceitos da Parte Especial (os tipos penais) sejam todos incompletos.

Na verdade, é bastante recomendável que todos os tipos penais contenham de forma clara a hipótese da norma de conduta e o consequente da norma de sanção, pois são eles os dois principais elementos linguísticos para a construção da mensagem legislativa, que é a própria norma penal. Além disso, a adoção desta técnica legislativa é absolutamente inconstitucional, por violar o princípio de proibição de indeterminação da lei penal (*lex certa*)⁴⁷³, corolário do princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil e art. 1º do Código Penal), dificultando sobremaneira o conhecimento da ilicitude.

Poderia se construir argumento em sentido diverso, de que a adoção de leis penais incompletas em sentido estrito não violaria o princípio da legalidade pois, mesmo que o enunciado do preceito primário não descrevesse a hipótese da norma de conduta ou o preceito secundário não descrevesse o consequente da norma de sanção, existiria uma remissão ao dispositivo que traria tais enunciados. Contudo, além de se tratar de uma economia absolutamente desnecessária de signos, dificulta sobremaneira a construção da norma.

Tomando como exemplo o já citado crime de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal), que traz o preceito secundário indeterminado, temos que a pena para tal crime pode ser aquela constante no preceito secundário dos arts. 297, 298, 299, 300, 301 e 302 do Código Penal, todos com penas diferentes e alguns com tipos derivados, onde incide causa de aumento de pena.

Sendo assim, a adoção da técnica legislativa dos tipos penais incompletos é absolutamente inconstitucional, por violar o princípio da proibição de indeterminação das leis penais, dificultando a exata consciência da ilicitude.

⁴⁷³ Segundo Juarez Cirino dos Santos, “a proteção do cidadão contra o arbítrio exclui leis penais indefinidas ou obscuras – o maior perigo para o princípio da legalidade, segundo WELZEL – porque leis penais indefinidas ou obscuras favorecem interpretações jurídicas idiossincráticas e impedem ou dificultam o conhecimento da proibição, favorecendo a aplicação de penas com lesão aos princípios da culpabilidade – outro aspecto da relação entre os princípios formadores do conceito de crime.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5ª ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 23).

2.3. LEIS PENAIS EM BRANCO

O estudo da lei penal em branco é geralmente relegado pela doutrina que, apesar de reconhecer sua importância, lhe dedica apenas algumas poucas páginas⁴⁷⁴, normalmente quando trata do princípio da legalidade. Essa falta de interesse pelo fenômeno faz com que aspectos básicos de seu conceito, definição e mesmo de seu fundamento sejam tratados de forma aleatória, sem a necessária precisão científica.

Consequência disto, a opção entre a denominação “lei penal em branco”⁴⁷⁵ ou “norma penal em branco”⁴⁷⁶ é considerada uma escolha aleatória, sem qualquer critério científico, como se não houvesse distinção entre lei e norma. Contudo, se entendermos que a norma é a construção, pelo intérprete, da mensagem transmitida pelo legislador, chegaremos à conclusão de que não existem “normas penais em branco”, pois a norma é sempre completa, isto é, ela contém a mensagem completa, sem nenhum elemento “em branco”. Diversamente, a lei pode conter elementos “em branco”, cujo sentido é “completado” pelo intérprete no momento da construção da mensagem (que é a própria norma).

Sendo assim, a única denominação correta para o instituto é “lei penal em branco”. Além disso, a hermenêutica linguístico-estruturante pode contribuir para um novo conceito do instituto.

⁴⁷⁴ Como bem anota Pablo Rodrigo Alflen da Silva, “a questão das chamadas leis penais em branco desde há muito tem permanecido à margem das investigações desenvolvidas no âmbito do Direito Penal brasileiro, tanto no que diz respeito aos aspectos básicos, como à sua conceituação, quanto ao aspecto fundamental referente à sua constitucionalidade, quer seja porque os juristas-penalistas a consideram uma questão superada, que seja porque a consideram mínima diante das demais questões que se apresentam como “de maior relevo” ao Direito Penal, de modo a se considerar por satisfatório um tratamento superficial dispensado às mesmas.” (*Leis penais em branco e o Direito Penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004).

⁴⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 199; BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 135; CREIFELDS, Carl; WEBER, Klaus. *Rechtswörterbuch*. 21ª ed. Munique: Beck, 2014. p. 229; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 305; KÖBLER, Gerhard. *Juristisches Wörterbuch*. 10ª ed. Munique: Verlag Vahlen, 2001. p. 81; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro – vol. 1*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 214; ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 491. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 5ª ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 50.

⁴⁷⁶ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 82; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral – Tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 185 e 192 (o autor utiliza os dois termos, indistintamente); MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 1993. p. 35.

Como se disse alhures⁴⁷⁷, quando o termo é empregado no seu sentido conotativo, o emissor da mensagem tem de indicar, de alguma forma, o sentido, a intensão na qual o signo linguístico é empregado, criando um novo plano semiótico.⁴⁷⁸ Nesse contexto, a lei penal em branco é um enunciado normativo que tem a intensão de um ou mais de seus signos enunciados por outro enunciado normativo (enunciado de complementação), que atua como hipótese de incidência complementar da norma de conduta do crime.

A norma penal, construída a partir de uma lei penal em branco, surge através da cópula do enunciado normativo (hipótese principal) com o enunciado normativo de complementação (hipótese complementar), formando uma norma penal “completa”⁴⁷⁹ e permitindo a construção de uma mensagem igualmente completa. Sendo assim, o enunciado de complementação faz parte da norma jurídica e está sujeito ao princípio da legalidade, conforme se demonstrará.

2.3.1. A estrutura normativa da lei penal em branco

Como dissemos, a lei penal em branco possui, na estrutura sintática da sua norma de conduta, duas hipóteses de incidência. A hipótese de incidência principal (H_{nc}) é o próprio enunciado típico do crime, o enunciado principal (v.g., art. 33 do Código Penal), e a hipótese complementar (H'_{nc}) é a norma complementar (N_{comp}), um enunciado de complementação ao enunciado principal, de natureza não penal.

Assim, havendo a incidência anterior da norma complementar, abre-se a possibilidade de incidência da norma do crime, conforme o seguinte esquema lógico:

⁴⁷⁷ Vide item “2.1.2. Conotação e denotação” da Primeira Parte.

⁴⁷⁸ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Trad. Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardozo de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 46

⁴⁷⁹ Nesse sentido é a lição de Cezar Roberto Bitencourt: “[...] a norma complementar de uma lei penal em branco integra o penal, uma vez que está imperfeita e, por conseguinte, é incompreensível por não se referir a uma conduta juridicamente determinada e, faticamente, identificável”. (*Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 199); de Eugénio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli: “a lei formal ou material que completa a lei penal em branco integra o tipo penal, de modo que, se a lei penal em branco remete a uma lei que ainda não existe, não terá validade e vigência até que a lei que a completa seja sancionada.” (*Manual de Direito Penal brasileiro v. 1: parte geral*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 452); de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán: “o suposto fato consignado na norma extrapenal pertence à norma penal, integrando-a ou completando-a.” (*Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 1993. p. 37); e também de Juarez Cirino dos Santos (Direito Penal: parte geral. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 51) e Pablo Rodrigo Alflen da Silva (Leis penais em branco e o Direito Penal do risco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 147 e ss.).

$$N_{\text{comp}} = H_{\text{nccomp}} \longrightarrow C_{\text{nccomp}} \vee H_{\text{nscomp}} \longrightarrow C_{\text{nscomp}}$$

$$N_{\text{crime}} = H_{\text{nc}}[\text{Ilicitude} \cdot \text{Tipicidade}] \cdot H'_{\text{nc}}[N_{\text{comp}}] \longrightarrow C_{\text{nc}} \vee H_{\text{ns}}[\text{Culpabilidade}] \longrightarrow C_{\text{ns}}[-\text{Punibilidade}]$$

É importante destacar que, diferentemente dos crimes de infração de dever, onde, conforme se explicará, a norma do crime é a sanção da violação da norma de dever, no caso da lei penal em branco, a norma complementar é apenas um pressuposto, um elemento anterior necessário para a ocorrência do crime, mas que não dá causa, obrigatoriamente, a ele.

Sendo um elemento anterior e necessário, caso a norma de complementação não tenha incidência ao caso concreto, por qualquer motivo (v.g., porque foi revogada ou porque seu enunciado foi modificado), a norma penal não poderá ser complementada com todas as suas hipóteses de incidência e, assim, não poderá incidir.

Essa constatação tem grande relevância para o estudo da relação entre legalidade penal e lei penal em branco, e será melhor debatida quando tratarmos da aplicação dos planos semióticos, que é, na verdade, um método para facilitar a integração entre as diversas hipóteses de incidência.

2.3.2. O fundamento da lei penal em branco

Historicamente a lei penal em branco surgiu como uma consequência da federalização da Alemanha, a partir do final do século XIX, através da distribuição das competências entre a União (*Bund*) e os estados-membros (*Länder*).⁴⁸⁰ Contudo foi só no

⁴⁸⁰ “O termo lei penal em branco surge na Alemanha, como consequência de sua estrutura federal para instrumentar a distribuição de competências entre o *Bund* (Federação) e os *Länder* (estados-membros). Assim, naqueles casos em que a lei penal do império (Código Penal do Reich) delegava aos *Länder*, ou inclusive aos municípios, a complementação da conduta com relação a um determinado tipo, isto se levava a cabo através de uma lei em que apenas a pena era assinalada. [...]”. (VEGA, Dulce María Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p. 15). No mesmo sentido: SILVA, Pablo

século XX, com o desenvolvimento da denominada economia de guerra⁴⁸¹, e o consequente desenvolvimento do Direito Penal econômico (*Wirtschaftsstrafrecht*), que as leis penais em branco ganharam maior relevância.⁴⁸²

Com a maior necessidade de controle da economia durante os períodos de guerra, percebeu-se que além do caráter eminentemente técnico, de técnica legislativa necessária para evitar o engessamento do Direito Penal, a lei penal em branco era “um instrumento técnico necessário para superar o nível do Direito penal de corte exclusivamente liberal, construído em torno de bens jurídicos penais individuais”.⁴⁸³

Pode-se dizer, então, que a lei penal em branco é uma técnica legislativa e, ao mesmo tempo, uma técnica de linguística, de redação. Contudo, tais fundamentos são na verdade, formas de justificar uma prática deletéria, e serão melhor analisados nos tópicos seguintes.

2.3.2.1. Técnica legislativa

O primeiro fundamento da lei penal em branco é ser uma técnica legislativa que busca evitar os entraves do processo legislativo.⁴⁸⁴ A partir do momento em que se delega a enunciação do enunciado de complementação à autoridade administrativa (geralmente um órgão do Poder Executivo), evita-se todos os “contratempos” do processo legislativo⁴⁸⁵ democrático⁴⁸⁶, que poderiam inviabilizar a aplicação da norma.

Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o Direito Penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 37 e ss.

⁴⁸¹ A economia de guerra é marcada por uma forte intervenção do Estado na economia, especialmente para garantir a produção industrial de equipamentos bélicos destinados ao conflito e evitar a ocorrência de fenômenos que possam enfraquecer a economia, como a evasão de divisas e a corrupção. A forte intervenção do Estado leva a uma altíssima necessidade de regulação administrativa das atividades econômicas, inclusive através do Direito Penal.

⁴⁸² SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o Direito Penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 52.

⁴⁸³ VEGA, Dulce María Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p. 18.

⁴⁸⁴ Nesse momento não discutiremos a questão dos enunciados de complementação criados pelos estados-membros ou pelos municípios, que serão discutidos em item próprio.

⁴⁸⁵ Para José Afonso da Silva, “por processo legislativo entende-se o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção, veto) realizados pelos órgãos legislativos, visando a formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos.” (*Curso de Direito Constitucional positivo*. 36ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2013. p. 526); já para Alexandre de Moraes “o termo processo legislativo pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico. Juridicamente, consiste no conjunto

Além disso, existem matérias excessivamente técnicas, que são de competência da autoridade administrativa (discricionária), e não do Poder Legislativo (consensual), como, por exemplo, a definição daquilo que são drogas proscritas ou a criação de um tabelamento de preços.

No Brasil, as leis penais têm natureza de lei ordinária, que são elaboradas através de um longo processo legislativo, composto de três fases: introdutória, constitutiva e complementar. Na fase introdutória o projeto de lei é apresentado, através de iniciativa parlamentar ou extraparlamentar e, na fase constitutiva, é discutido e votado nas duas Casas do Congresso Nacional (deliberação parlamentar) e, posteriormente enviado ao Presidente da República, que poderá sancioná-lo ou vetá-lo (deliberação executiva). Posteriormente, o projeto de lei devidamente sancionado é promulgado e publicado, alterando a ordem jurídica.

Para este estudo, interessa a fase de deliberação parlamentar. Nada impediria que o Poder Executivo, através do Presidente da República, enviasse ao Congresso Nacional um projeto de lei que disciplinasse quais são as drogas proscritas, por exemplo. Contudo, tal iniciativa seria amplamente discutida nas duas Casas, por parlamentares que não têm o devido conhecimento técnico sobre o tema, o que poderia atrasar a sua promulgação ou, até mesmo, inviabilizá-la.

É nisso que reside o fundamento da lei penal em branco como técnica legislativa: a substituição do consenso democrático, e nem sempre rápido ou mesmo correto, mas sempre consensual e, por isto mesmo, democrático, do Congresso Nacional, pela discricionariedade técnica dos órgãos do Poder Executivo, que, para todos os efeitos, podem ser Federal, Estadual ou Municipal.

No Direito Ambiental, por exemplo, a competência legislativa é concorrente (art. 24, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil), fazendo com que, no caso dos crimes ambientais, existam enunciados de complementação de caráter estadual e municipal.

coordenado de disposições que disciplina o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção das lei e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição, enquanto sociologicamente pode-se defini-lo como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.” (*Constituição do Brasil interpretada*. 8ª ed. São Paulo: Atlas., 2011. p. 1020).

⁴⁸⁶ Como bem anotam Lenio Luiz Streck e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “o processo legislativo é o núcleo central do regime constitucional no Estado Democrático de Direito.” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes; *et alii*. (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1119).

Se é certo que a lei penal em branco surgiu como forma de atender à repartição de competências entre a União e os Estados-membros, é da mesma forma correto que o fenômeno atinge frontalmente o princípio da legalidade penal, ainda mais num federalismo assimétrico⁴⁸⁷, como o brasileiro. Se é possível que os Municípios legislem sobre matérias atinentes aos enunciados de complementação das leis penais em branco, é verossímil a existência, dentro de um limite geográfico muito estreito, das normas penais com conteúdos diferentes, o que dificulta ou torna impossível o conhecimento da mensagem legislativa e, conseqüentemente, da ilicitude da conduta.

2.3.2.2. A necessidade de indeterminação linguística frente à sociedade do risco

Na moderna dogmática do Direito Penal, a “sociedade do risco”⁴⁸⁸ parece ser um argumento construído para justificar os mais diversos “avanços” na área jurídica, inclusive aqueles que levam à violação de direitos fundamentais e à utilização do próprio sistema punitivo como *prima* ou *sola ratio*⁴⁸⁹, através da expansão desenfreada da legislação penal⁴⁹⁰ e do agravamento das penas dos crimes existentes.⁴⁹¹

A suposta complexidade da sociedade atual, devida a diversos fatores econômicos e tecnológicos, fez com que, nas últimas décadas surgisse uma infinidade de novos riscos contra bens jurídicos consagrados, como a vida e o patrimônio, e, até mesmo, novos bens

⁴⁸⁷ Federalismo assimétrico é aquele onde há desigualdade jurídica, política, econômica, social ou linguística entre os entes federados. A Constituição da República Federativa do Brasil, ao elevar os Municípios à categoria de entes federados, em conjunto com os Estados-membros, criou uma Federação assimétrica, onde os primeiros entes federados são mais fracos e, de certa forma, subordinados aos segundos.

⁴⁸⁸ A expressão foi cunhada por Ulrich Beck, em sua obra “Risikogesellschaft” (Sociedade do risco).

⁴⁸⁹ “O Direito Penal deixa de ocupar o papel de *ultima ratio* e se torna, crescentemente, a resposta primária do Estado aos mais diversos conflitos sociais.” (RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal Brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, 2012. p. 110; nesse sentido também: SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 188.

⁴⁹⁰ Vicente Greco Filho já alertava, quando da promulgação da Lei de Licitações, sobre a “Inflação legislativa” ocorrida na década de 1990, momento em que foram incorporados ao ordenamento diversos diplomas legislativos especiais, como a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro e a Lei de Lavagem, além, obviamente, da própria Lei de Licitações, que trás em seu seio uma série de crimes (GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de licitações*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 14).

⁴⁹¹ “A expansão do Direito Penal no Brasil evidencia-se especialmente pelo acréscimo do número de leis, sobretudo na legislação especial, e também pelo agravamento das penas previstas para os delitos já existentes” (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. p. 161).

jurídicos, ditos difusos e coletivos (v.g., meio ambiente), que vieram atender a esta expansão.⁴⁹²

Tais riscos, em razão de sua dimensão e da sua capacidade de afetar um número grande e indeterminado de pessoas, inclusive podendo ter caráter global, faz com que se assemelhem às catástrofes naturais.⁴⁹³

Contudo, é de se notar que o risco é qualitativo, não quantitativo, isto é, as novas ameaças dizem respeito, em sua maioria, a bens jurídicos difusos e coletivos, que surgiram com a própria sociedade do risco, e não quantitativos, que seriam um incremento do risco aos bens jurídicos ditos primordiais, como a vida.

Na verdade, uma análise atenta do tema nos levaria a concluir que não vivemos numa sociedade do risco, mas sim numa sociedade do medo. A alta exposição à violência, às catástrofes etc., realizada pelas mídias sociais, primeiramente com a televisão e com o rádio e, mais recentemente, com a *internet* e com as redes sociais, faz com que nossa percepção sobre a violência seja muito maior do que a realidade.

A exposição exagerada, especialmente às estatísticas⁴⁹⁴, cria uma imagem irreal sobre fenômenos como a violência urbana, o consumo de entorpecentes e os desastres naturais, fazendo com que se tornem, no imaginário popular, muito mais graves do que realmente são, naquilo que se denominou “Lei de Tuchmann”⁴⁹⁵.

⁴⁹² Como bem alerta Pierpaolo Cruz Bottini, “[...]. Isso não significa a existência de perigos maiores na atualidade do que no passado. Significa – como será apontado – uma diferente percepção do risco, e uma relação distinta com a ideia de perigo, que confere um novo papel ao direito penal e aos demais discursos jurídicos que nela se produzem”. (*Crimes de perigo abstrato*. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 22).

⁴⁹³ PAIVA, Elky Alexandre Villegas. *Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal: consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>. Acesso em 11 de abril de 2014.

⁴⁹⁴ Em termos linguísticos e filosóficos, as estatísticas nada mais são do que uma representação da realidade, que podem ser interpretadas e manipuladas.

⁴⁹⁵ “Os desastres raramente são tão devastadores quanto suas estatísticas. O fato de serem catalogados faz com que pareçam fenômenos recorrentes e disseminados, quando, na verdade, são esporádicos tanto no tempo quanto no espaço. Além disso, a persistência da normalidade é maior do que o efeito dos distúrbios, como sabemos em nossos tempos. Depois de absorver as notícias de hoje, se espera enfrentar um mundo composto basicamente de greves, crimes, falhas de energia, tubulações de água rompidas, trens quebrados, tiroteios em escolas, homicídios, drogados, neonazistas e estupradores. O fato é que se chega em caso após o final de um dia – de um dia de sorte – sem encontrar um ou dois desses fenômenos. Isso me fez formular aquilo que de Lei de Tuchman, nos seguintes termos: ‘o fato de serem noticiados aumenta a extensão de qualquer fato deplorável em cinco ou dez vezes’ (ou qualquer número que o leitor queira).” (TUCHMAN, Barbara. *A Distant Mirror: The Calamitous 14th Century*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1978. p. 17 – tradução livre)

Em razão deste “medo”, muitas vezes meramente estatístico, iniciou-se o fenômeno da “administrativização do Direito Penal”, uma verdadeira patologia⁴⁹⁶, que busca superar os dogmas garantistas do Direito Penal “antigo” através da substituição pelos dogmas flexíveis do Direito Administrativo. Conforme a doutrina⁴⁹⁷, este fenômeno trás duas principais consequências ao Direito Penal: a criação de novos tipos penais para tutelar ações que, originariamente, eram tuteladas pelo Direito Administrativo; e a modificação das características e finalidades da pena, que passa a tutelar os macrorriscos sociais.

Acrescentaríamos a estas consequências a utilização indiscriminada de tipos penais incompletos, especialmente da lei penal em branco, naquilo que se denomina acessoriedade (ou assessoriedade) administrativa.⁴⁹⁸

Argumenta-se que alguns enunciados das leis penais devem ser linguisticamente indeterminados, para que possam ser “adaptados” às novas demandas sociais. Esse tipo de argumento é muito comum em ramos do Direito Penal que estão estritamente ligados às ciências exatas e naturais, como na questão dos “crimes de informática”, ligados à ciência da computação, ou mesmo das drogas, fortemente ligada à química.

Como o moroso processo legislativo não consegue acompanhar a evolução desses ramos do conhecimento, prefere-se adotar expressões equívocas, semanticamente abertas, que permitem a complementação pelo Poder Executivo. Neste ponto, o fundamento em comento se confunde com o fundamento tratado anteriormente, a norma penal em branco como técnica legislativa, pois permite evitar as agruras do processo legislativo democrático.

2.3.3. Classificação das leis penais em branco

⁴⁹⁶ Como bem salienta Bernardo Feijoo Sánchez, “a administrativização do Direito Penal deve ser tratada como uma patologia que desnatura as características essenciais do Direito Penal, implicando, por tanto, numa utilização ilegítima da pena e das normas que são contempladas pela consequência jurídica pena”. (*Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 204 – tradução livre).

⁴⁹⁷ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 189.

⁴⁹⁸ Como se disse, a acessoriedade administrativa é a utilização de complementações dos tipos penais provenientes do Direito Administrativo. Maria Helena Regina Lobo da Costa (*Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66 e ss.) anota que o termo mais correto seria “assessoriedade”, já que existe uma relação de assessoramento da norma de Direito Administrativo para a norma de Direito Penal. Com efeito, parece ser uma posição correta, ainda que não seja pertinente aprofundarmos o estudo neste tema, ao menos neste trabalho.

Fundada no pensamento de Edmund Mezger, a doutrina apresenta com classificação fundamental das leis penais em branco a distinção entre lei penal em branco em sentido próprio e lei penal em branco em sentido impróprio.

A lei penal em branco em sentido próprio seria aquela em que o complemento, que aqui denominamos de enunciado de complementação, emana de uma instância legislativa ou administrativa diversa daquela que é competente para legislar sobre Direito Penal.⁴⁹⁹

Já a lei penal em branco em sentido impróprio é aquela que o enunciado de complementação emana da mesma instância legislativa apta a inovar o ordenamento jurídico-penal que, no caso do Brasil, é o Congresso Nacional.⁵⁰⁰ É de se indagar se a expressão instância legislativa diz respeito apenas ao órgão legislativo ou diz também respeito ao meio legislativo, isto é, à forma pela qual o enunciado legislativo inova o ordenamento jurídico.

A expressão abarca, além do órgão emissor, também a forma legislativa. Sendo assim, só se pode considerar como lei penal em branco em sentido impróprio (ou amplo) aquela em que o enunciado de complementação é enunciado através de lei formal (lei em sentido estrito) que, no caso do nosso ordenamento, seria através de Lei Ordinária ou Complementar. Fica evidente, assim, que um enunciado de complementação que seja promulgado através de uma resolução do Congresso Nacional, por exemplo, fará com que a lei penal tenha a natureza jurídica de lei penal em branco em sentido estrito, pois o complemento, apesar de emanado da mesma instância legislativa, tem evidente caráter de regulamentação legislativa.

⁴⁹⁹ “[...], nas leis penais em branco em sentido amplo (*Blankettstrafgesetz im weiteren Sinne*), encontramos o tipo e a sanção separados externamente, sendo que a sanção vincula-se apenas a um tipo que necessita ser complementado, podendo distinguir-se em duas hipóteses: a) a complementação necessária está contida na mesma lei, o que segundo Mezger implica tão só um problema de pura técnica legislativa, e como exemplo menciona o §49 da Lei alemão de patentes de 5 de outubro de 1936 que dispõe: ‘Quem dolosamente utiliza as determinações dos §§6, 7 e 8, contraria uma invenção, será punido com pena de prisão; e b) o complemento está contido em outra lei, embora de mesma instância legislativa’”. (SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o Direito Penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 51).

⁵⁰⁰ “Já as leis penais em branco em sentido estrito (*Blankettstrafgesetze im engeren Sinne*), a complementação necessária está incluída em uma lei de outra instância legislativa, assim, por exemplo, a sanção penal estabelecida em uma lei do Império contra violação de normas jurídicas dos *Länder*”. (SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o Direito Penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 51).

Um critério mais correto para distinguir as duas espécies de lei penal em branco seria considerar como lei penal em sentido amplo aquelas em que o enunciado de complementação tem natureza jurídica regulatória, isto é, de lei em sentido estrito, e como lei penal em branco em sentido estrito aquela em que o enunciado de complementação tem caráter de regulamentação, de lei em sentido amplo (v.g., resoluções, portarias, instruções normativas, etc.).

Jiménez de Assúa apresenta uma terceira espécie de lei penal em branco, que seria a lei penal em branco ao revés ou invertida.⁵⁰¹ Segundo o autor, esta espécie de lei penal em branco teria a peculiaridade de ter o preceito primário completo, mas a pena (preceito secundário) incompleta.

Contudo, este fenômeno não pode ser considerado uma lei penal em branco, tratando-se, na verdade, daquilo que se denomina de lei penal incompleta em sentido estrito, isto é, a inconstitucional técnica legislativa empregada como meio de economia linguística.

2.3.4. A (in)constitucionalidade das leis penais em branco

A questão da constitucionalidade das leis penais em branco, apesar da evidente importância, é um tema pouco trabalhado pela doutrina que, em regra, o ignora. Poucos que se debruçam sobre ele, normalmente o fazem de maneira parcial, estudando apenas o aspecto propriamente constitucional, relacionado à repartição de competências legislativas e administrativas no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil, ou apenas sua relação com o princípio da legalidade no Direito Penal.

Contudo, os dois espectros de constitucionalidade da lei penal em branco não podem ser estudados de maneira isolada, pois, como é evidente, a repartição de competências trazida pelo ordenamento constitucional condiciona, como se verá, uma limitação⁵⁰² legislativa e administrativa que influencia a legalidade no Direito Penal.

⁵⁰¹ ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal – tomo II*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964. p. 351.

⁵⁰² Utilizamos o termo “limitação” ao invés de “legalidade” porque apesar da Constituição ser considerada uma norma, ela não possui propriamente “legalidade”, mas sim constitucionalidade.

Sendo assim, primeiro estuda-se a constitucionalidade da lei penal em branco em face das repartições de competência no pacto federativo para, em seguida, discutir-se a questão da legalidade e, ao final, propor-se uma solução linguístico-estruturante para o problema.

2.3.4.1. A (in)constitucionalidade da lei penal em branco e as repartições de competência no pacto federativo

Muitos autores argumentam que a técnica da lei penal em branco é constitucional porque preserva a divisão de competências legislativas e administrativas da Federação (entre União, Estados-membros e Municípios) e de matéria (entre Poder Executivo e Legislativo)⁵⁰³; outros argumentam que a lei penal em branco é uma verdadeira garantia, ao limitar a discricionariedade do julgador em face do caso concreto, ou mesmo de que seria impossível regular algumas matérias, como as drogas proscritas, se não através deste instrumento legislativo.⁵⁰⁴

Contudo, é bastante evidente que tais argumentos, de evidente caráter prático, não jurídico, devem ser analisados com muito cuidado.

Conforme se afirmou ao tratar do conceito de lei penal em branco, a norma penal, neste caso específico, é composta por dois enunciados: o enunciado principal, que é a própria lei penal em branco, e o enunciado de complementação. O enunciado de complementação não tem por objeto uma conduta penalmente relevante, não é um enunciado propriamente de Direito Penal, mas sim de Direito Administrativo, Financeiro, etc.

É de se indagar que, se esse enunciado, pertencente a outro ramo do Direito, integra uma norma penal não teria ele também natureza penal e, por isto, a técnica, na verdade, nada mais seria que uma delegação legislativa em matéria penal, vedada pela Constituição da República Federativa do Brasil e, por tanto, inconstitucional.

⁵⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro v. 1: parte geral*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 386.

⁵⁰⁴ DOTTL, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 306.

Parece que, além de ser uma técnica legislativa pouco recomendável, as leis penais em branco padecem de vício de constitucionalidade nomodinâmico, formal, pois violam as regras do processo legislativo, atribuindo ao Poder Executivo a construção de parte do sentido da norma penal.⁵⁰⁵

Os argumentos no sentido de que o enunciado de complementação não traz a “essência” do injusto são equivocados, pois a mensagem normativa é a norma penal completa e não no tipo penal que, diga-se, no caso da lei penal em branco é apenas uma parte do código desta mensagem (que é completada pela norma de complementação). Assim, mesmo sendo certo que muitas das matérias que são objeto da lei penal em branco não são de competência do Congresso Nacional ou mesmo da União, como, por exemplo, a definição do que são drogas ilícitas (que é de competência da União, na sua atividade administrativa) ou daquilo que é poluição (que é de competência legislativa concorrente entre União, Estados-membros e Municípios), no momento em que são utilizadas pelo legislador penal, adquirem a natureza jurídica de lei penal.

Mesmo que se argumente que a Constituição da República Federativa atribui diversas competências administrativas e legislativas a diferentes órgãos e entes federados, esta inconstitucional técnica de delegação legislativa não deve ser utilizada pois, na verdade, viola o pacto federativo ao instituir uma competência legislativa penal a órgãos diversos do Congresso Nacional, criando uma perigosa “administrativização”⁵⁰⁶ do Direito Penal.

2.3.4.2. A (in)constitucionalidade da lei penal em branco e o princípio da legalidade no Direito Penal

⁵⁰⁵ Não discutimos, ao menos neste trabalho, se é constitucional a tutela dos bens jurídicos tratados pelas leis penais em branco, como por exemplo, a saúde pública, mas sim se este é um meio adequado de introdução de normas penais no ordenamento jurídico.

⁵⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 5ª ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 50.

A indeterminação linguística, elemento característico da lei penal em branco, suscita outro problema, que é a criação de um processo dificultoso para a formação da mensagem legislativa, violando o princípio da legalidade.⁵⁰⁷

Assim, quando o legislador opta pela adoção da norma penal em branco, empregando no enunciado do tipo penal um termo equívoco (v.g., droga), ele cria uma dificuldade adicional ao cidadão, que é o destinatário principal desta mensagem: a de construir o enunciado completo através da junção do enunciado principal, contido no tipo, com o enunciado complementar, contido em uma norma de complementação emanada do Poder Executivo.

Essa dificuldade em construir a mensagem legislativa conduz, muitas vezes, ao erro de proibição⁵⁰⁸; contudo, é certo que, em todas as vezes que a técnica é empregada, estamos diante de uma flagrante violação ao princípio da legalidade.

Uma das decorrências do princípio da legalidade é a exigência da *lex certa* (princípio da taxatividade)⁵⁰⁹, isto é, de um enunciado que permita a construção da mensagem legislativa de maneira clara por qualquer cidadão, o que certamente não ocorre com as leis penais em branco, que demandam um grau elaborado de conhecimento legislativo e um conhecimento, ainda que bastante rudimentar, da hermenêutica, atributos que não são certamente obrigatórios a todos os cidadãos.

Apesar das críticas dirigidas ao instituto, a aproximação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo é algo, que ao menos por ora, parece irreversível⁵¹⁰ e, sendo assim, a única maneira de interpretar as leis penais em branco, tanto em sua modalidade estrita

⁵⁰⁷ Nesse sentido é a lição de Juarez Cirino dos Santos: “[...]: a transferência da competência legislativa de definição de crimes para o Poder Executivo ou para níveis inferiores de atos legislativos infringe o princípio da legalidade, como afirma um setor avançado da literatura penal – afinal, o emprego instrumental do Direito Penal para realizar políticas públicas emergenciais é inconstitucional”. (*Direito Penal: Parte Geral*. 5ª ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 50).

⁵⁰⁸ “Nesses casos havendo erro sobre a existência da norma de complementação ou sobre a recepção de uma causa de justificação não existente há erro de proibição, enquanto no erro sobre o enunciado da norma de complementação crime se perfaz” (ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006.p. 492).

⁵⁰⁹ “O princípio da taxatividade ou da determinação taxativa reputa inadmissíveis preceitos penais vagos e penas indeterminadas ou imprecisas.” (BARRETO, Fábio. *Legalidade no Direito Penal*. In: TORRES, Ricardo; et alii. (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 772).

⁵¹⁰ Como bem anota Helena Regina Lobo da Costa, “no âmbito do direito penal ambiental [assim como em outros ramos ligados ao Direito Administrativo], a remissão a conceitos, normas e atos administrativo pelo tipo penal parece ser inafastável”. (Costa, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84).

quanto na ampla, é admitir que se trata de um fenômeno linguístico e aplicar o método interpretativo linguístico-estruturante, através da análise dos planos semióticos.

Outra questão que se coloca é sobre a declaração de inconstitucionalidade do enunciado de complementação.⁵¹¹ Como é notório, o Brasil adota a teoria da nulidade das normas inconstitucionais, que dispõe que tais atos são írritos, desprovidos de qualquer eficácia, devendo ser excluídos do ordenamento desde o início da sua vigência.

Sendo assim, caso um enunciado de complementação seja declarado inconstitucional, tal declaração há de retroagir para atingir, como se nunca tivesse existido em nosso ordenamento e, assim, atingir todos os fatos passados. Nesse ponto, a teoria da nulidade constitucional se mostra em consonância com o princípio da legalidade penal, pois, neste caso, a declaração equivaleria à *abolitio criminis* e, por isto, abarcaria inclusive fatos transitados em julgado.

2.3.5. A aplicação dos planos semióticos ao estudo da lei penal em branco

O estudo da lei penal em branco através da hermenêutica linguístico-estruturante nos permite aplicar ao fenômeno os planos semióticos, a partir da elaboração de uma árvore de análise sintática. Muito além de ser um elaborado método de análise linguística, a construção da estrutura em árvore nos permite visualizar o conjunto normativo (do enunciado principal e do enunciado de complementação) em uma estrutura lógica única.

A norma é o produto da construção de sentido da comunicação legislativa. Para que a mensagem possa ser construída corretamente, o código, o enunciado legislativo, não pode conter qualquer ruído e deve estar completo. Sendo assim, o enunciado de complementação (plano semiótico II - PS_{II}) integra, em conjunto com o enunciado principal (Plano semiótico I - PS_I), o enunciado da lei penal em branco (E_{lpb}).

Seguindo o exemplo por nós já assinalado do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 temos que, o enunciado desta norma tem como um dos elementos o signo “droga”, que não é

⁵¹¹ A questão é levantada por Enrique Bacigalupo, que conclui que o tema “deveria ser objeto de um estudo especial”. (BACIGALUPO, Enrique. La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho Penal Económico. In: BACIGALUPO, Enrique (org.). *Curso de Derecho Penal Económico*. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 45 – tradução livre).

empregado em seu sentido “comum”, conotativo, que é aquele trazido pelas ciências farmacêuticas e médicas, mas sim no sentido denotativo, trazido pela “lista F” (substâncias proscritas) da portaria n.º 344/98 do Ministério da Saúde.

Como o art. 33 é um enunciado de conteúdo variado, que contém vários núcleos verbais, utilizaremos apenas o verbo “vender” que é, certamente uma das formas mais comuns de incidência.

Em linguagem formalizada, a lei penal em branco pode ser reduzida à seguinte formulação:

$E_{lpb} = PS_I. PS_{II}$

Na estrutura em árvore, podemos representar o enunciado completo da seguinte maneira:

PS_I – Plano semiótico um: *(alguém) vender droga, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.*

PS_{II} – Plano semiótico II: *(THC, MMDA, cocaína etc.).*

S – Sentença: *(alguém) vender droga (THC, MMDA, cocaína etc.), ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.*

S_N – Sintagma nominal: *alguém*

S_V – Sintagma verbal: *vender*

V – Verbo: *vender*

S_N – Sintagma nominal: *droga*

E_{msn} – Elemento modificador do sintagma nominal (pertencente ao plano semiótico II – PS_{II}): *substâncias proscritas pela lista F da Portaria n.º 344/98 do Ministério da Saúde*

E_{comp} – Elemento complementar da sentença principal: *sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar*

Como o enunciado de complementação faz parte do enunciado da lei penal em branco, uma questão que é muito debatida pela doutrina é de fácil solução.

A doutrina é vacilante com relação ao emprego do princípio da legalidade ao enunciado de complementação. Apesar de não se duvidar que o enunciado de complementação não possa retroagir para alcançar fatos passados, parte da doutrina afirma que é possível a ultratividade.⁵¹² Os autores que se filiam a essa corrente afirmam que existem complementos de natureza distinta, havendo alguns que apenas “complementam” e outros que efetivamente alteram o conteúdo da incriminação, isto é, a valoração que recai sobre a conduta do agente.⁵¹³

⁵¹² Por todos, conferir: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 135 e ss.

⁵¹³ “[...] a norma penal em branco pode ter complemento de distinta natureza. Ou seja, a descrição legal a ser complementada pode ter, em seu complemento, apenas uma mera circunstância derivada do dispositivo legal que a complementa ou, ao contrário, ter um complemento que efetivamente determina o conteúdo da incriminação.” (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 136).

Na hipótese em que o complemento alterasse o sentido do injusto, haveria a retroatividade benigna, porém, quando a complementação não alterasse o sentido do injusto, não seria possível a retroatividade benigna⁵¹⁴, existindo, na verdade, a ultratividade do complemento, que seria aplicável aos fatos pretéritos, ainda que mais gravoso. Para fundamentar esta posição, a doutrina traz os exemplos dos casos de falsificação de moeda e da violação do tabelamento de preços.

No caso da falsificação de moeda, cita-se o exemplo da mudança ocorrida na moeda corrente⁵¹⁵, que não alteraria a lesividade da conduta de falsificação da moeda não mais corrente. Com relação à violação do tabelamento de preços⁵¹⁶, afirma-se que, quando prolatada a sentença condenatória, os preços certamente já terão sido alterados e a conduta do agente não mais será incriminada.

Em que pese o posicionamento destes doutrinadores no sentido de que apenas quando o enunciado de complementação efetivamente alterar o conteúdo do injusto deve haver a retroatividade benigna, tal argumento foi, na verdade, construído para resolver alguns casos pontuais e não se coaduna com os preceitos do Estado Democrático de Direito. O enunciado da norma do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe sobre o princípio da legalidade, ao afirmar que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e o enunciado da norma do inciso XL do art. 5º dispõe sobre a irretroatividade da lei penal, ao afirmar que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Esses princípios constitucionais também foram disciplinados, inclusive de maneira mais detalhada, nos enunciados da norma dos arts. 1º⁵¹⁷ e 2º⁵¹⁸ do Código Penal, sendo valores indelévels do Estado Democrático de Direito.

⁵¹⁴ “[...], a classe de variação do complemento da norma penal em branco é que determinará a necessidade de retroatividade ou não. Caso a alteração do complemento importe em diversa valoração do conteúdo incriminado, pode haver retroação *in melius*, do contrário, a irretroatividade permanece.” (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 136).

⁵¹⁵ O exemplo é de Paulo César Busato (*Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 136).

⁵¹⁶ O exemplo é de Basileu Garcia (*Instituições de Direito Penal – tomo I*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 154).

⁵¹⁷ “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

⁵¹⁸ “Art. 2º. Ninguém será punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. 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.”

2.3.5.1. Planos semióticos sucessivos

Como dissemos alhures, o enunciado de complementação, em conjunto com o enunciado principal, formam a norma penal nos casos das leis penais em branco. Assim, a existência de planos semióticos sucessivos, também denominada de sucessão de enunciados de complementação, que ocorre quando um enunciado posterior substitui (abroga) um anterior, está sujeito ao princípio da legalidade penal.

A doutrina discute, de maneira equivocada, sobre a aplicação do princípio da legalidade ao instituto. Entende-se que, quando o novo enunciado de complementação altera o conteúdo do injusto, aplica-se o referido princípio, porém, quando não, não se aplica. Com este entendimento, cria-se um critério absolutamente subjetivo, discricionário, sobre aquilo que afeta ou não o conteúdo do injusto, como se fosse possível, em algum caso, que a alteração do enunciado de complementação não alterasse o conteúdo do injusto.

Argumenta-se, por exemplo, que se o enunciado de complementação passasse a não considerar alguma droga como ilícita, tal fato não afetaria a incriminação da conduta daquele que, sob a égide do enunciado de complementação antigo, praticou uma das condutas descritas no enunciado da norma do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Esse entendimento nebuloso fez com que, sob a égide da Resolução n.º 104/00, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, se criasse uma espécie de *abolitio criminis* temporária, com argumentos absurdos, diga-se, no sentido de que a descriminalização não

se operou em razão de um vício formal na portaria⁵¹⁹ ou que apenas operou entre os fatos ocorridos entre os dias 7 e 14 de dezembro de 2000.⁵²⁰

A questão só foi pacificada no ano de 2010, quando no julgamento de um *Habeas Corpus*, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a *abolitio criminis* ocorrida com a edição da referida portaria há de se estender aos fatos praticados em datas anteriores.⁵²¹

Ao se adotar os preceitos da hermenêutica linguístico-estruturante para o estudo da norma penal em branco, as dúvidas e inseguranças que pairaram sobre a hipótese comentada se dispersariam. O princípio da legalidade não pode ser aplicado ao instituto de maneira parcial, ainda mais porque o enunciado de complementação é parte integrante da norma penal.

Sendo assim, as alterações benéficas ocorridas no enunciado de complementação são sempre extrativas, isto é, devem ser aplicadas aos fatos atuais, pretéritos e futuros, indistintamente, nos exatos termos da legalidade no Direito Penal.

⁵¹⁹ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CLORETO DE ETILA. RESOLUÇÃO RDC 104. ABOLITIO CRIMINIS. ATO MANIFESTAMENTE INVÁLIDO. Inocorrente a *abolitio criminis* em face da exclusão, pela Resolução RDC 104, de 06/12/2000 (DOU 07/12/2000), tomada pelo Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, *ad referendum* da Diretoria Colegiada, do cloreto de etila da Lista F2 – Lista de Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil e o incluiu na Lista D2 – Lista de Insumos Químicos Utilizados como Precursores para a Fabricação e Síntese de Entorpecentes e/ou Psicotrópicos. Resolução que foi republicada, desta feita com a decisão da Diretoria Colegiada da ANVISA incluindo o cloreto de etila na Lista B1 – Lista de Substâncias Psicotrópicas. Prática de ato regulamentar manifestamente inválido pelo Diretor-Presidente da ANVISA, tendo em vista clara e juridicamente indiscutível a não caracterização da urgência a autorizar o Diretor-Presidente a baixar, isoladamente, uma resolução em nome da Diretoria Colegiada (Precedente). Ordem denegada. (STJ. HC 21.004/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21.05.2002, DJ 10.06.2002 p. 238). No mesmo sentido: STJ CC 34.514/PR e STJ REsp 299.659/RJ).

⁵²⁰ A doutrina denominou o fenômeno de “*abolitio criminis* por um dia”.

⁵²¹ A Turma deferiu habeas corpus para declarar extinta a punibilidade de denunciado pela suposta prática do delito de tráfico ilícito de substância entorpecente (Lei 6.368/76, art. 12) em razão de ter sido flagrado, em 18.2.98, comercializando frascos de cloreto de etila (lança-perfume). Tratava-se de writ em que se discutia a ocorrência, ou não, de *abolitio criminis* quanto ao cloreto de etila ante a edição de resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA que, 8 dias após o haver excluído da lista de substâncias entorpecentes, novamente o incluía em tal listagem. Inicialmente, assinalou-se que o Brasil adota o sistema de enumeração legal das substâncias entorpecentes para a complementação do tipo penal em branco relativo ao tráfico de entorpecentes. Acrescentou-se que o art. 36 da Lei 6.368/76 (vigente à época dos fatos) determinava fossem consideradas entorpecentes, ou capazes de determinar dependência física ou psíquica, as substâncias que assim tivessem sido especificadas em lei ou ato do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Ministério da Saúde — sucedida pela ANVISA. Consignou-se que o problema surgira com a Resolução ANVISA RDC 104, de 7.12.2000, que retirara o cloreto de etila da Lista F2 — lista das substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil, da Portaria SVS/MS 344, de 12.5.98 — para incluí-lo na Lista D2 — lista de insumos utilizados como precursores para fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos. Ocorre que aquela primeira resolução fora editada pelo diretor-presidente da ANVISA, *ad referendum* da diretoria colegiada (Decreto 3.029/99, art. 13, IV), não sendo tal ato referendado, o que ensejara a reedição da Resolução 104, cujo novo texto inserira o cloreto de etila na lista de substâncias psicotrópicas (15.12.2000). (STF. HC 94397/BA, rel. Min. Cezar Peluso, j. 9.3.2010).

Uma última questão relacionada à sucessão de enunciados de complementação no tempo, que suscitava grandes embates doutrinários e que poderia ser utilizada para refutar os argumentos trazidos neste trabalho, mas que não se encontra mais em vigor, é a da violação de tabela de preços (art. 6º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90, revogado pela Lei n.º 12.529/11). Argumentava-se de maneira equivocada que, caso a tabela fosse alterada para aumentar ou diminuir os preços tabelados, haveria de se punir aquele que vendeu por preço diverso.

Contudo, partindo do pressuposto que o tabelamento de preços tem a finalidade de manter os preços dos produtos “controlados”, como forma de combater a inflação, o que se diga, é algo extremamente duvidoso em termos econômicos, pois cria preços fictos, irreais, aquela que vendia o produto com preço mais ou menos elevado não cometeria o crime caso os preços tabelados fossem aumentados ou diminuídos, respectivamente.

2.3.5.2. Planos semióticos concomitantes

Existe, ainda, a possibilidade de que um mesmo enunciado principal possua, concomitantemente, dois ou mais enunciados de complementação. A este fenômeno pouco estudado pela doutrina, dá-se o nome de enunciados de complementação concomitantes.

Diferentemente dos enunciados sucessivos, quando um enunciado posterior ab-roga um enunciado anterior, nos enunciados concomitantes, coexistem dois enunciados que, concomitantemente, complementam a mesmo enunciado principal. Não conhecemos, na atualidade, nenhuma hipótese concreta sobre o fenômeno, mas é possível sua ocorrência em duas situações: no caso em que o enunciado de complementação é derogado (revogado parcialmente) por outro, sendo que ambos continuam complementando o enunciado principal; e no caso em que temos mais de um ente federativo competente para regular ou regulamentar a matéria, como no já citado caso de crimes ambientais, onde há competência concorrente entre União, Estados-membros e Municípios.

É bastante comum na técnica legislativa a derrogação (revogação parcial) de atos normativos *lato sensu*. Com relação às leis em sentido estrito, aos atos normativos regulatórios, é indiscutível a possibilidade de derrogação; contudo, com relação às leis em

sentido amplo, que têm natureza de ato de regulamentação, a derrogação é muito pouco usual, e até mesmo discutível do ponto de vista Constitucional.

Porém, ocorrendo a concomitância de dois enunciados de complementação, eles devem ser interpretados de maneira harmônica, conforme os preceitos linguístico-estruturantes. Sendo assim, a denotação do signo é dada pela conjunção harmônica dos dois complementos: aquilo que não foi derogado do primeiro enunciado e o segundo enunciado.

Diz-se harmônica porque, no momento da construção do sentido da mensagem legislativa (da norma penal), o intérprete deverá compatibilizar os diversos signos constantes nos enunciados de complementação, excluindo aqueles que se mostrarem logicamente incompatíveis.

Já a segunda hipótese, que ocorre quando coexistem dois enunciados de complementação emanados de entes federativos diversos, em razão da divisão de competências, a solução não se apresenta tão facilmente.

2.3.6. A questão dos enunciados de complementações internacionais, comunitários e estrangeiros

A problemática dos enunciados de complementação pertencentes a ordenamentos jurídicos diversos do enunciado principal surgiu quase que concomitantemente com o instituto. Contudo, com o tempo, este tema passou a ser discutido de maneira muito tímida pela doutrina, que muitas vezes o relega.

Com o avanço as relações entre os países e, conseqüentemente, do Direito Internacional Público, novos tratados e convenções são celebrados sobre os mais diversos temas. Após a celebração, que é ato exclusivo do Presidente da República, estes instrumentos internacionais são ratificados pelo Congresso Nacional e incorporados ao ordenamento pátrio através de Resolução do Congresso Nacional.

Tal instrumento legislativo tem, em regra, *status* de Lei Ordinária, mas, nos casos dos tratados que versam sobre Direitos Humanos, poderão ter natureza jurídica de emenda

à Constituição Federal, desde que se submetam ao processo legislativo das emendas à Constituição, nos termos do art. 5^a, inciso LXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Dessa forma, é perfeitamente admissível que exista uma lei penal em branco que encontre seu enunciado de complementação em uma legislação de natureza internacional.⁵²² Na verdade, como estas legislações têm, no mínimo, natureza de Lei Ordinária, é uma técnica muito mais recomendável e segura do que os enunciados de complementação emanados de autoridades administrativas, por exemplo.

Questão mais tormentosa diz respeito aos instrumentos internacionais que foram apenas celebrados pelo Presidente da República, mas que ainda não foram ratificados pelo Congresso Nacional. Como estes atos não têm a capacidade de inovar a ordem jurídica nacional (capacidade que até mesmo uma portaria ou uma instrução normativa municipal têm), seus preceitos não poderão servir de enunciado de complementação para uma lei penal em branco, sob pena de se vulnerar o princípio da legalidade.

No mesmo sentido, as normas de caráter comunitário, sendo instrumentos de Direito Internacional Público e desde que incorporadas ao ordenamento jurídico nacional com caráter de Lei Ordinária, poderão, também, servir como complemento de uma lei penal em branco. Frise-se que, o Mercosul, comunidade a qual o Brasil pertence, ainda não alcançou o nível de união legislativa, estando, neste momento, estagnado em uma união aduaneira, mas, desde que o instrumento seja incorporado com caráter de Lei Ordinária, assim como ocorre com os tratados e convenções internacionais, não haverá óbice para que sirva de enunciado de complementação.

Contudo, caso ocorra uma alteração constitucional que torne o processo de incorporação dos instrumentos comunitários mais simples (v.g., dependendo apenas da celebração pelo Presidente da República) ou que lhe retire o *status* de lei em sentido estrito, este enunciado normativo não poderá mais valer como complemento de uma lei penal em branco como, aliás, ocorre em Portugal.⁵²³

⁵²² Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 1: introdução e princípios gerais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 632.

⁵²³ “O que fica dito no parágrafo anterior vale também para os casos em que um **regulamento comunitário** (diretamente aplicável na ordem jurídica portuguesa: art. 8.º-4 da CRP) é chamado a preencher, por remissão, o “espaço em branco” de uma norma penal interna: para este efeito, o regulamento encontra-se no mesmo

De maneira absolutamente diversa, os enunciados de complementação estrangeiros não podem ser admitidos, em nenhuma hipótese. A adoção de um enunciado de complementação emanado por uma autoridade estrangeira, sem que seja “recepcionado” pelo ordenamento pátrio, viola não só o princípio da legalidade, como também a própria soberania nacional.

Imagine-se, por exemplo, uma norma penal que, visando proteger a economia Argentina, incriminasse aquele que violasse a tabela argentina de preços para importação de produtos para aquele País. Além de ser um verdadeiro absurdo constitucional, o enunciado de complementação estaria redigido em língua estrangeira, o que dificultaria o conhecimento da mensagem legislativa.

2.4. OS CRIMES DE INFRAÇÃO DE DEVER

A primeira formulação dos chamados crimes de infração de dever (do alemão, *Pflichtdelikte*) foi trazida por Claus Roxin, no ano de 1968, na sua obra “Autoria e domínio do fato” (*Täterschaft und Tatherrschaft*).⁵²⁴ Para o autor, os crimes de infração de dever são delitos de uma “categoria especial”⁵²⁵ de condutas criminosas que não exigem o domínio do fato, mas apenas a infração de um dever imputado a um determinado grupo social.⁵²⁶

Contudo, com o passar dos anos, novas formulações sobre os delitos especiais foram reveladas, como a de Günther Jakobs⁵²⁷, que criou um complexo sistema onde a

plano dos instrumentos legislativos nacionais não legitimados para criar proibições penais. O problema já não se põe relativamente às **directivas comunitárias e às decisões-quadro**, pois estes instrumentos carecem sempre de uma atividade de transposição por parte dos legisladores nacionais, a quem caberá proceder de acordo com o princípio da legalidade. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral – Tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 185 – grifos no original).

⁵²⁴ PUTZKE, Holm. Pflichtdelikte und objektive Zurechnung: Zum Verhältnis der allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen zu den Merkmalen des §25 StGB. In: HEINRICH, Manfred; *et alli.* (orgs.). *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. Berlin: De Gruyter, 2011. p. 425.

⁵²⁵ PUTZKE, Holm. Pflichtdelikte und objektive Zurechnung: Zum Verhältnis der allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen zu den Merkmalen des §25 StGB. In: HEINRICH, Manfred; *et alli.* (orgs.). *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. Berlin: De Gruyter, 2011. p. 425. (Tradução livre).

⁵²⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 339 e ss.

⁵²⁷ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlin: De Gruyter, 1993. p. 220, 655 e ss., e 849.

inobservância de deveres “não só serve como critérios que determinam a autoria do fato, mas como também constitui fundamento da imputação-jurídico penal”.⁵²⁸ Sendo assim, aqueles que exercem determinados papéis sociais (v.g., pais com relação aos filhos menores) não têm apenas o dever de evitar a ocorrência de um dano penalmente relevante, mas também o dever de fomentar determinadas condutas que protegem e evitam a ocorrência do dano.

Enquanto em países como a Alemanha e a Espanha, o tema é debatido vigorosamente pela doutrina, no Brasil é ainda indiferente, não só pela inexistência de trabalhos específicos sobre o tema ou pelos poucos que o tratam de maneira incidental, ainda que detalhada⁵²⁹, mas pela falta de debate sobre um assunto que tem grande relevância para a teoria do delito, não só na questão do concurso de pessoas, onde, como se verá, é melhor debatido, mas também na própria estrutura do tipo penal.

Esta indiferença faz com que haja um pequeno equívoco com relação à denominação do instituto. A tradução literal do termo *Pflichtdelikte*, originário da língua alemã, nos levou à tradução “delitos de infração de dever”. Contudo, é de se notar que não há diferença semântica entre os termos delito e crime, mas, o segundo é certamente mais recomendável e, por isto, optamos pela denominação “crimes de infração de dever” ao invés da usual, empregada largamente pela doutrina.

Além disso, o conceito de crime de infração de dever apresentado neste trabalho é um pouco diferente daquele que é oferecido pela doutrina tradicional. Certamente que, nos crimes de infração de dever, não se exige o domínio do fato, mas apenas a violação do próprio dever. Contudo, isto se deve à estrutura normativa desta categoria de crimes.

Nos crimes de infração de dever, o dever, que é sempre não penal, se consubstancia numa norma antecedente, que integra a estrutura normativa do crime e o fundamenta. Sendo assim, a norma extrapenal (v.g., de Direito Administrativo), é o antecedente necessário para a existência da norma penal do crime de infração de dever, pois, como se demonstrará, a norma penal é o conseqüente da norma de sanção da norma de dever violada e, conseqüentemente, a norma de dever violada é um dos antecedentes da norma de

⁵²⁸ GUTIÉRREZ, José Zamyr Veira. *El delito de uso de información privilegiado en el mercado de valores especialmente en el Derecho Penal español* (Art. 285 CP). Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Alcalá. 2010. p. 212. (Tradução livre).

⁵²⁹ Cf. ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 124 e ss., e 135 e ss.

conduta da norma penal – a norma de conduta, no caso, tem dois antecedentes: a hipótese (enunciado do tipo) e a própria norma de dever violada.

Nessa medida, os crimes de infração de dever se aproximam daquilo que denominamos delitos consequentes, isto é, os delitos que necessitam da ocorrência de um delito antecedente, que faz parte da sua estrutura normativa. A diferença reside no fato de que, ao contrário dos crimes consequentes, nos crimes de infração de dever, o antecedente é uma norma não penal, podendo ter natureza jurídica de Direito Administrativo, Civil etc.

Os crimes de infração de dever também se assemelham às leis penais em branco. Contudo, enquanto nas leis penais em branco a complementação é realizada por uma norma extrapenal de caráter proibitivo, nos crimes de infração de dever este recai sobre uma norma de dever, de caráter obrigatório.

Mesmo com esta distinção, poder-se-ia argumentar que, para nossa teoria, lei penal em branco e crime de infração de dever seriam fenômenos iguais pois, teleologicamente, há incompletude na hipótese da norma de conduta.

Contudo, há de se frisar que, na lei penal em branco, a norma de complementação não afeta o domínio do fato nem a ilicitude da conduta, que continuam recaindo sobre a norma penal, enquanto nos crimes de infração de dever, a norma complementar de dever desloca o domínio do fato e ilicitude para seu interior, como se verá.

É lógico que não pretendemos, neste singelo trabalho, esgotar o tema dos crimes de infração de dever, que é deveras complexo, contudo, algumas considerações sobre instituto se fazem necessárias.

2.4.1. A peculiar estrutura normativa dos crimes de infração de dever

Como se afirmou ao tratar da sintaxe das normas jurídicas⁵³⁰, existem algumas normas que possuem duas hipóteses de incidência. Essas hipóteses podem ser alternativas, quando a norma incide quando ocorre uma hipótese ou outra, ou cumulativas, quando a incidência depende da ocorrência concomitante das duas hipóteses.

⁵³⁰ Item “4.2.1. Sintaxe da norma jurídica” da Primeira Parte.

Os crimes de infração de dever são exemplo de normas em que há hipóteses de incidência cumulativas na norma de conduta. Assim, além da hipótese da norma de conduta do crime (H_{nc}), que contém a tipicidade, há também a norma extrapenal (N_{exp}), que se consubstancia numa hipótese de incidência cumulativa (H'_{nc}).

Em razão dessa peculiar estrutura normativa, a ilicitude ($I_{ilicitude}$), que usualmente pertence à norma de conduta de norma penal, associada à ilicitude do sistema, é deslocada em sua totalidade para a norma extrapenal (N_{exp}), pois, logicamente, a contrariedade da conduta ao ordenamento não está contida na norma penal e na norma extrapenal, mas apenas na norma de dever violada.

Explicando melhor: uma vez existindo a incidência da norma extrapenal “completa”, isto é, da hipótese da norma de conduta extrapenal (H_{ncexp}) que implica na consequência da norma de conduta extrapenal (C_{ncexp}) que, por sua vez dá origem à hipótese da norma de sanção extrapenal (H_{nsexp}) que implica na consequência da norma de sanção extrapenal (C_{nsexp}), que é o próprio crime de infração de dever.

Porém, como só há infração de dever se houver um dever violado, isto é, se houver contrariedade ao direito na norma violada, a ilicitude ($I_{ilicitude}$) é deslocada da norma penal para a norma de dever.

Uma vez formada a norma completa extrapenal, ocorre a cópula entre o enunciado do tipo, que é a norma primária de conduta do crime de infração de dever (H_{nc}), com a própria norma extrapenal (N_{exp}), já considerada ilícita ($I_{ilicitude}$), que é a norma complementar de conduta (H'_{nc}).

$$H_{nc}[T_{tipicidade}] \cdot H'_{nc}[N_{exp} \cdot I_{ilicitude}] \longrightarrow C_{nc} \vee H_{ns}[C_{culpabilidade}] \longrightarrow C_{ns}[-P_{unibilidade}]$$

Essa peculiar estrutura normativa, muito além de ser um exercício lógico, tem diversas implicações para a dogmática penal.

A primeira e mais óbvia dentro de uma perspectiva linguístico-estruturante é que, fazendo parte da estrutura normativa do crime de infração de dever, a norma extrapenal integra a norma penal. Sendo assim, para que haja incidência da norma penal se faz necessário que, antes, tenha ocorrido a incidência da norma extrapenal.

Como explicar-se-á no momento oportuno, a norma extrapenal pode ter natureza de lei em sentido estrito (caráter de regulação como, v.g., Lei Complementar e Lei Ordinária) ou em sentido amplo (caráter de regulamentação como, v.g., Portarias, Instruções Normativas etc.); além disso, ela pode ter caráter geral e abstrato ou individual e concreto.

A regra é que as normas de dever tenham caráter geral e abstrato, contudo, pode ocorrer que, em determinadas hipóteses, o dever emane de uma norma individual e concreta, isto é, uma norma que é destinada a modificar o comportamento de um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, e não da sociedade como um todo, e com relação a um fato específico passado. Esta hipótese pode ocorrer, por exemplo, com relação ao dever de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental (art. 68 da Lei n.º 9.605/98), que pode, hipoteticamente, derivar de um Compromisso Ajustamento de Conduta ou mesmo de um contrato, conforme quer o próprio enunciado do tipo.

Outra consequência importante é que, como há de ocorrer a incidência da norma extrapenal para que ocorra a incidência do crime, a conduta do agente, que pode ser comissiva ou omissiva, é deslocada do enunciado linguístico do tipo penal, que aqui denominamos de hipótese da norma de conduta (H_{nc}), para a norma extrapenal. Sendo assim, nos crimes de infração de dever, a conduta do agente consiste, simplesmente, em violar o dever contido na norma extrapenal, de maneira comissiva ou omissiva⁵³¹, dolosa ou culposa.⁵³²

⁵³¹ É o enunciado do tipo penal que dispõe qual das formas de conduta, se a comissiva ou a omissiva, é relevante.

⁵³² Muitos crimes de infração de dever, além da forma dolosa, mais comum, também preveem a violação de maneira culposa, como é o caso do art. 68, parágrafo único, da Lei n.º 9.605/98.

Por isto que, nesses casos, não há domínio sobre o fato (penal), como anota a doutrina, especialmente a de Claus Roxin.⁵³³ O domínio do fato, na verdade, está na conduta descrita pela norma extrapenal.

Assim, com a conduta deslocada, a classificação dela em lícita ou ilícita não ocorre no âmbito da norma penal, mas sim da norma de dever. O crime de infração de dever é um crime que nasce ilícito, pois, se por algum motivo, a conduta do agente não viola a norma de dever, não há que se falar em infração penal.

Assim, tomando por base o exemplo já citado do enunciado da norma do art. 68 da Lei n.º 9.605/98 (*deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigações de relevante interesse ambiental*)⁵³⁴ temos que, o domínio do fato do autor recai sobre a violação ou não da norma extrapenal, sobre o dever legal ou contratual, e não propriamente sobre a conduta descrita na hipótese da norma penal.

Essa situação peculiar faz com que seja possível a existência de coautoria apenas quando todos os agentes possuam relação com o dever⁵³⁵; no caso de terceiros, que não possuem esta relação, como lhe é impossível dominar a conduta com relação à norma de dever, poderão ser punidos apenas como partícipes, nunca como autores.

Tal fenômeno é bastante evidente nos chamados crimes próprios, isto é, aqueles em que se exige uma condição especial do agente. Esta condição especial faz com que a doutrina afirme que os crimes próprios são, em sua totalidade, crimes de infração de dever⁵³⁶, afirmação com a qual não concordamos.

Contudo, existem outras hipóteses em que este fenômeno não é tão evidente. Determinados indivíduos que têm poder de guarda e vigilância sobre interesses de outros indivíduos, como no caso dos “pais, tutores e funcionários públicos”.⁵³⁷ Essas obrigações

⁵³³ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 340.

⁵³⁴ Guilherme de Souza Nucci afirma que o crime em comento é uma norma penal em branco: “o disposto pelo art. 52 da Lei 12.305/2010 sinalizou para a consideração de ser em branco este tipo penal, pois o *relevante interesse ambiental* pode encontrar descrição em normas específicas (art. 52. “A observância do disposto no *caput* do art. 23 e no §2º do art. 39 da Lei é considerada obrigação de relevante interesse ambiental para efeitos do art. 68 da Lei 9.605, de 1998, sem prejuízo da aplicação de outras sanções cabíveis nas esferas penais e administrativas.” (*Leis penais e processuais penais comentadas – vol. 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 608). Contudo, o autor confunde norma penal em branco com delito de infração de dever.

⁵³⁵ A doutrina denomina o indivíduo que possui esta especial relação com o dever de *intraneus*.

⁵³⁶ Por todos, cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 340.

⁵³⁷ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlim: De Gruyter, 1993. p. 220. (Tradução livre).

são disciplinadas pelo Código Civil, mas é de se indagar se têm alguma influência no Direito Penal.

Um pai que, por exemplo, comete homicídio contra seu filho menor (art. 121 do Código Penal) viola o dever de guarda e vigilância que está disciplinado no Código Civil, mas é de se indagar se este dever extrapenal, neste caso, faria parte da estrutura normativa da norma penal, transformando o crime de homicídio, nesta hipótese, num crime de infração de dever.

Conforme se entende, a norma de dever extrapenal apesar de relevante para o cálculo do *quantum* da pena, por exemplo, não integraria a estrutura sintática da norma penal. Sendo assim, diferentemente do que ocorre no exemplo supracitado, o domínio do fato, nesta hipótese, não é deslocado para a norma extrapenal. Isto se deve à redação do enunciado da norma de conduta da norma penal, que descreve uma conduta sobre a qual o agente deve ter domínio, independentemente de dominar, concomitantemente, a infração do dever da norma extrapenal.

Neste caso, a norma extrapenal tem um caráter incidental, e deve ser interpretada em conjunto com a norma penal, para fins hermenêuticos, mas jamais poder-se-ia dizer que pertence à estrutura sintática da norma penal, como ocorre nos crimes de infração de dever “propriamente ditos”. Com isto, não é possível se falar na dúlice hipótese de incidências, nestes casos.

Com isso, podemos classificar os crimes de infração de dever em duas espécies: os crimes de infração de dever próprios e os impróprios, que serão melhor debatidos no momento oportuno.

2.4.2. O fundamento filosófico dos crimes de infração de dever

A ideia de infração de dever não é nova. Segundo a doutrina, o conceito de infração de dever teria surgido com Hans Welzel, que em sua obra postulou a existência de

“elementos de dever jurídico”⁵³⁸ que limitariam a atribuição de autoria no âmbito dos delitos especiais.

Na verdade, a ideia de dever/infração do dever é muito mais antiga, podendo ser encontrada nos trabalhos de Immanuel Kant⁵³⁹ e Georg Wilhelm Friedrich Hegel.⁵⁴⁰ Conforme salienta Nelson Salazar Sánchez, “os crimes de infração de dever encontram seus fundamentos na Filosofia comunitarista [como a hegeliana], própria do Estado Social”.⁵⁴¹

Contudo, foi só a partir do desenvolvimento da Filosofia da Linguagem (denominada, ainda, de analítica) que a questão do dever e da sua infração adentraram o Direito Penal de maneira mais evidente.

A partir da década de 1950, diversos filósofos como Ludwig Wittgenstein, Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, John Searle, dentre muitos outros já citados ao longo deste trabalho, começaram a trabalhar com as diversas implicações da linguagem na sociedade. Uma destas implicações é a influência que os atos de fala têm sobre a ação humana (efeito perlocucionário).

Alguns dos filósofos que prosperaram no estudo do efeito dos atos de comunicação foram Jürgen Habermas, através da denominada ação comunicativa⁵⁴² e Niklas Luhmann,

⁵³⁸ ORTIZ, Mariana Tranches. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 136.

⁵³⁹ Sobre o filósofo: DER BROCKHAUS. *Phiosophie: Ideen, Denken und Begriffe*. Mannheim: F. A. Brockhaus, 2004. p. 159 e ss. Sobre sua influência no Direito: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assim de. *Curso de filosofia do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 324 e ss; BRAUN, Johann. *Einführung in die Rechtsphilosophie*. 2ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 227 e ss; e sobre a influência no Direito Penal, mais especificamente nos crimes de infração de dever: SÁNCHEZ, Nelson Salazar. Fundamento filosófico de los delitos de dominio del hecho y de los delitos de infracción de deber. *Revista peruana de ciencias penales n.º 18*. Lima: Idemsa, 2006. P. 297 e ss.

⁵⁴⁰ Sobre o filósofo: DER BROCKHAUS. *Phiosophie: Ideen, Denken und Begriffe*. Mannheim: F. A. Brockhaus, 2004. p. 124 e ss. Sobre sua influência no Direito: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assim de. *Curso de filosofia do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 344 e ss; BRAUN, Johann. *Einführung in die Rechtsphilosophie*. 2ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 329 e ss; sobre a influência no Direito Penal, mais especificamente nos crimes de infração de dever: SÁNCHEZ, Nelson Salazar. Fundamento filosófico de los delitos de dominio del hecho y de los delitos de infracción de deber. *Revista peruana de ciencias penales n.º 18*. Lima: Idemsa, 2006. P. 297 e ss.

⁵⁴¹ SÁNCHEZ, Nelson Salazar. Fundamento filosófico de los delitos de dominio del hecho y de los delitos de infracción de deber. *Revista peruana de ciencias penales n.º 18*. Lima: Idemsa, 2006. p. 364. (Tradução livre).

⁵⁴² No seu pensamento, o Direito é visto através de uma razão comunicativa que, diga-se, não é teórica nem prática, mas linguística.

através da teoria dos sistemas autopoieticos.⁵⁴³ Despiciendo se aprofundar, ao menos por ora, nestas teorias, até porque a ideia de sistema linguístico e de realidade é fundada na teoria do repertório linguístico que difere sensivelmente das teorias apresentadas pelos referidos filósofos.

Porém, há de se estudar de que forma a Filosofia da Linguagem influenciou o pensamento jurídico-penal na segunda metade do século XX.

O fundamento comunicativo (ou linguístico) do Direito é muito mais evidente na teoria formulada por Günther Jakobs, que constrói todo seu pensamento “jurídico-penal” fundado na comunicação. Contudo, é de se notar que a teoria de Claus Roxin, apesar do que pareça num primeiro momento, não é totalmente alheia à ideia comunicativa, ou melhor dizendo, à influência dos filósofos da linguagem, que penetrou em todas as áreas do conhecimento, inclusive o Direito.

Com efeito, a simples ideia de um dever atinente a determinado grupo social, mesmo que temperada, é típica da Filosofia da Linguagem. Independentemente da adoção da teoria da ação comunicativa, da teoria dos sistemas linguísticos ou de qualquer outra teoria da linguagem, os aspectos comunicacionais do dever nos crimes de infração são evidentes.

O dever violado é uma ordem emanada do Direito, através da linguagem jurídica, que tem por finalidade fazer com que o indivíduo pratique ou deixe de praticar algum ato (efeito perlocucionário), que, aliás, é comum a todas as normas jurídicas. A ordem de “não violação” é a mensagem que o destinatário constrói da comunicação jurídica, como já foi por nós explicado alhures.

O ato contrário a esta mensagem, que é a violação de dever, é um ato de comunicação (ou de fala, como preferem alguns), que dá ensejo à violação de uma segunda comunicação, que é a norma penal.

Veja-se que, neste momento, não se defende o entendimento de Günther Jakobs no sentido de que a finalidade da norma penal seria o de tutelar a validade (comunicativa) do sistema jurídico, nem que o Direito Penal prescinde dos bens jurídico-penais, mas apenas

⁵⁴³ Para o autor, o Direito é visto como um sistema autopoietico. O pensamento de Niklas Luhmann foi acolhido, no Direito Penal, por Günther Jakobs.

afirmamos que o fundamento filosófico da ideia de infração de dever está na Filosofia da Linguagem.

2.4.3. Principais teorias sobre os crimes de infração de dever

Como dissemos, a teoria dos crimes de infração de dever foi primeiramente desenvolvida por Claus Roxin e, em seguida, por Günther Jakobs, que lhe deu um matiz completamente diverso. Além disto, outros autores, especialmente alemães, se debruçaram sobre o tema, apresentando, em alguns casos, teorias que se assemelham às dos autores já citados, em outros, teorias ecléticas, que apresentam elementos das duas teorias.

Esse fenômeno fez com que Víctor Gómez Martín⁵⁴⁴, fundado nas consequências dogmáticas do fenômeno, distinga duas espécies de teorias sobre os crimes de infração de dever: as teorias puras e as teorias mistas. As teorias denominadas puras são aquelas que têm a infração de dever com critério de atribuição da autoria e como essência do injusto⁵⁴⁵; já as teorias mistas são aquelas que têm a infração de dever como critério de imputação jurídico-penal, mas não como atribuição de autoria.⁵⁴⁶

Para este estudo, a despeito da classificação apresentada, nos interessa analisar apenas as duas principais teorias dos crimes de infração de dever, que são a de Claus Roxin e a de Günther Jakobs.

2.4.3.1. A teoria de Claus Roxin

⁵⁴⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor *Apud* ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 138.

⁵⁴⁵ “As teorias ‘puras’ seriam aquelas que, além de sustentarem ser a infração a um dever especial o único critério pelo qual seria possível definir a autoria nessa constelação delitiva, compreendem-na como a essência do injusto das figuras típicas com restrição em sede do injusto.” (ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 138).

⁵⁴⁶ “De outro lado, as teorias ‘mistas’ admitiriam a infração de dever como apenas um critério de imputação da responsabilidade jurídico-penal – muitas vezes por si só insuficiente, devendo ser combinado com outros – mas não como a *ratio essendi* da limitação do âmbito da autoria.” (ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 138).

A primeira formulação da teoria dos crimes de infração de dever se deveu a Claus Roxin que, em 1968, na sua obra “Autoria e domínio do fato” (*Täterschaft und Tatherrschaft*)⁵⁴⁷, buscando resolver problemas práticos⁵⁴⁸, constatou que existiam crimes que se perfaziam com a mera infração de um dever, não necessitando do domínio do fato.⁵⁴⁹

O autor alemão sustenta que os crimes contidos na Parte Especial do Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch – StGB*) podem ser classificados em “crimes de domínio” (*Herrschaftsdelikte*) e crimes de infração de dever (*Pflichtdelikte*).⁵⁵⁰

Nos crimes de domínios, para que ocorra a imputação, o agente tem de realizar todos os elementos descritos no tipo penal, dominando o fato. Já nos crimes de infração de dever, a imputação não necessita do domínio do autor, mas apenas da infração, por parte dele, de um dever especial atribuído a determinado grupo social.

Esse dever, como dissemos alhures, não se confunde com o dever geral de não lesionar bens jurídicos (*neminem laedere*)⁵⁵¹, se consubstanciando num dever especial, tanto com relação ao autor quanto com relação ao bem jurídico. Diz-se que a relação é especial porque os delitos de infração de dever estão, para a teoria de Claus Roxin, intimamente relacionados a determinados bens jurídicos que só podem ser lesionados por grupos específicos de autores. É o exemplo dos funcionários públicos, que lidam, e por isto podem lesionar, os bens atinentes à Administração Pública.⁵⁵²

Além disso, essa característica faz com que, na teoria de Claus Roxin, a imputação recaia com muito mais veemência sobre o denominado *intraneus*, aquele que deveria observar mas não observou o dever que lhe é atribuído, sem o qual seria impossível se falar em crime de infração de dever. Há também, no bojo da teoria, grande dificuldade para a

⁵⁴⁷ PUTZKE, Holm. Pflichtdelikte und objektive Zurechnung: Zum Verhältnis der allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen zu den Merkmalen des §25 StGB. In: HEINRICH, Manfred; *et alii.* (orgs.). *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. Berlin: De Gruyter, 2011. p. 425.

⁵⁴⁸ ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 140.

⁵⁴⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 340 e ss.

⁵⁵⁰ GUTIÉRREZ, José Zamyra Veira. *El delito de uso de información privilegiado en el mercado de valores especialmente en el Derecho Penal español (Art. 285 CP)*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Alcalá. 2010. p. 211.

⁵⁵¹ “O *neminem laedere*, fundando um dever social, elementar à própria ordem jurídica, impõe, em princípio, que não se deve lesar a ninguém, respeitando os direitos alheios, como todos devem respeitar os direitos de todos.” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 951).

⁵⁵² Não pretendemos discutir aqui se o bem jurídico-penal, no caso dos crimes contra a Administração Pública, é a regularidade da administração ou os princípios da Administração Pública.

punição do denominado *extraneus*, o coautor ao qual não é atribuída a observação do dever, que será punido apenas como partícipe.⁵⁵³

Um problema bastante destacado da teoria de Claus Roxin, principalmente se a confrontarmos com o ordenamento penal brasileiro, diz respeito ao fato de o autor alemão criar, para os crimes de infração de dever, uma acessoriedade ínfima, “aquém da mínima”, nas palavras de Mariana Tranches Ortiz⁵⁵⁴, “ao sustentar que a punibilidade da contribuição a tais delitos dependeria, tão somente, da existência de uma conduta principal objetivamente típica”.⁵⁵⁵

Certamente a adoção da acessoriedade ínfima conduziria a um punitivismo exacerbado e totalmente inconcebível no nosso ordenamento. Porém, nos crimes de infração de dever, a ilicitude é deslocada, conjuntamente com a conduta, para a norma extrapenal.

Sendo assim, caso a conduta do autor (*intraneus*) seja considerada, por qualquer motivo, lícita, não podemos falar em crime pois não há violação de dever e, conseqüentemente, não há participação num crime inexistente.

Imagine o exemplo da existência de duas normas ambientais contraditórias, uma determinando que o agente cumpra um dever ambiental e outra determinando que ele se abstenha. Nessa hipótese, onde há flagrante colisão de deveres, qualquer que seja a conduta do agente, ele hipoteticamente incidiria na norma do art. 68 da Lei 9.605/98.

Contudo, a conduta do agente não pode ser considerada ilícita em razão da antinomia do sistema, não havendo que se falar em crime de infração de dever e, conseqüentemente, sendo impossível a participação do *extraneus*.

2.4.3.2. A teoria de Günther Jakobs

⁵⁵³ “Nos delitos de infração de dever, a figura central do acontecer típico, para Roxin, será sempre o *intraneus*, com total independência de sua efetiva contribuição para o resultado delitivo, pois – assim se entende – sem ele não há delito (ao menos, não há delito especial). Por sua vez, ainda que tenha dominado objetiva e subjetivamente o fato, o *extraneus* será sempre partícipe.” (ORTIZ, Mariana Tranches. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 143).

⁵⁵⁴ ORTIZ, Mariana Tranches. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 145.

⁵⁵⁵ ORTIZ, Mariana Tranches. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 145.

Günther Jakobs trabalha com a ideia de crimes de infração de dever de uma maneira muito mais sistemática e complexa, sendo, para alguns, o “‘radicalizador’ da ideia dos *Pflichtdelikte*”.⁵⁵⁶

Com efeito, para o autor alemão, os crimes de infração de dever não são apenas um critério para diferenciar a autoria nos crimes comuns (*Allgemeindelikte*) e nos crimes especiais (*Sonderdelikte*), que se confundiriam com os crimes de infração de dever (*Pflichtdelikte*), como quer Claus Roxin⁵⁵⁷, mas sim “o fundamento da imputação jurídico-penal”.⁵⁵⁸

Para Günther Jakobs, os deveres são derivados dos papéis (ou funções) institucionais que o indivíduo desempenha na sociedade e, conseqüentemente, como determinados bens sociais. “É um *status* anterior e estritamente vinculado a um contexto de controle (pais, tutores, funcionários públicos), como também a contextos institucionais”.⁵⁵⁹

Além do dever geral de não lesionar (*neminem laedere*), comum à teoria apresentada por Claus Roxin, para Günther Jakobs, os sujeitos que possuem esse *status* especial também têm o dever de “proteger e fomentar a incolumidade dos bens colocados sob sua tutela”.⁵⁶⁰ Assim, além do dever negativo, de não lesionar, há um dever positivo, de fomentar a incolumidade do bem.

Nessa medida, o autor alemão classifica os crimes como derivados de deveres de competência organizacional (*Pflichten kraft Organizationalzuständigkeit*) e crimes derivados de deveres de competência institucional (*Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit*).

Nos crimes derivados de deveres de competência organizacional, o agente possui um dever negativo, de através de sua esfera de organização, não causar dano ou perigo de dano a outros indivíduos (*neminem laedere*). Esse dever deriva das expectativas sociais e

⁵⁵⁶ ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 146.

⁵⁵⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 340 e ss.

⁵⁵⁸ GUTIÉRREZ, José Zamyra Veira. *El delito de uso de información privilegiado en el mercado de valores especialmente en el Derecho Penal español (Art. 285 CP)*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Alcalá. 2010. p. 213.

⁵⁵⁹ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlim: De Gruyter, 1993. p. 220. (Tradução livre).

⁵⁶⁰ GUTIÉRREZ, José Zamyra Veira. *El delito de uso de información privilegiado en el mercado de valores especialmente en el Derecho Penal español (Art. 285 CP)*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Alcalá. 2010. p. 213.

comunicativas que os indivíduos têm com relação ao comportamento de outros, sendo, no Direito Penal, a expectativa mais evidente.⁵⁶¹

Já nos crimes derivados de infração de dever de competência institucional os indivíduos, além de evitar a lesão ao bem (aspecto negativo), têm de atuar ativamente, fomentando a incolumidade do bem (aspecto positivo).⁵⁶² Esse dever institucional se origina do fato de o indivíduo pertencer a determinado grupo social (instituição), como a família ou o Estado, que faz com que dele, com relação aos bens deste grupo social, haja uma expectativa muito mais ampla, no sentido de que deve ele fomentar boas práticas para evitar uma possível lesão.

Para Jakobs, nos crimes de infração de dever, não há distinção entre ação e omissão.⁵⁶³ Isso não significa que não seja possível, com relação à norma de dever, que exista um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão), mas que, para os crimes de infração de dever, a constatação da natureza da conduta é irrelevante, pois, de qualquer forma, haverá o crime.

De fato, sob a ótica linguístico-estruturante, a distinção entre ação e omissão é irrelevante para os crimes de infração de dever propriamente ditos. Como a conduta é deslocada da norma penal para a norma extrapenal, é irrelevante para aquela, a natureza positiva ou negativa da conduta, bastando, para que se configure o crime, a violação do dever.

Já com relação ao concurso de pessoas nos crimes de infração de dever, o autor entende que só pode ser autor desta espécie de crime aquele indivíduo que “ocupa a posição de garantidor da indenidade do bem jurídico em jogo”.⁵⁶⁴ Sendo assim, nos crimes de infração de dever, sendo esta uma condição personalíssima, é impossível se falar em

⁵⁶¹ “As figuras típicas integrantes dos delitos de competência organizacional responderiam ao princípio *neminem laedere*, segundo o qual cada indivíduo deve cuidar para que de sua própria esfera de organização não se originem perigos para os demais membros do corpo social. Estabelece-se, desta forma, uma relação negativa entre as pessoas, fundada na expectativa comum de cada qual não seja agredido por meio da extrapolação dos limites da esfera organizacional alheia.” (ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 146. p. 146).

⁵⁶² “Nos delitos de competência institucional, ao contrário, identifica-se uma relação positiva, pela qual sujeitos especialmente obrigados devem cumprir com deveres que emanem de instituições sociais às quais estejam vinculados, como o Estado e a família.” (ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 146. p. 147).

⁵⁶³ Nesse sentido: CARO JOHN, José Antonio. Delito de infração de dever: fundamentos e significados. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo. (orgs.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 241.

⁵⁶⁴ ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. p. 146. p. 148.

coautoria, podendo-se, no máximo, haver uma autoria colateral.⁵⁶⁵ Com relação às pessoas que não possuem este dever especial, Jakobs entende que elas não podem ser punidas nem como autores nem como partícipes.⁵⁶⁶

Por fim, na teoria do penalista alemão, não é possível se falar em tentativa de crime de infração de dever, pois a violação do dever, *per se*, antecipa a consumação do crime.

2.4.4. O dever infringido

Como se argumentou acima, nos crimes de infração de dever, o dever violado é sempre uma norma antecedente, um pressuposto para a existência da norma penal e a integral, como uma hipótese de incidência adicional e complementar.

Esse dever pertence a outros ramos do Direito, como, por exemplo, o Direito Administrativo ou o Direito Civil, e não se confunde com o dever geral, imposto a todos os cidadãos, de não violar as proibições penais.⁵⁶⁷ Além disso, importante discutir qual é a natureza jurídica destes deveres extrapenais.

Hipoteticamente, a norma extrapenal pode, com relação ao meio que ela é introduzida no ordenamento jurídico, ter natureza de lei em sentido estrito ou lei em sentido amplo; já com relação à sua natureza normativa, pode ser geral e abstrata ou individual e concreta.

As leis em sentido estrito são aquelas promulgadas, democraticamente, pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República, através de atividade delegada, e são as Leis Complementares e as Leis Ordinárias. Já as leis em sentido amplo são os demais

⁵⁶⁵ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlin: De Gruyter, 1993. p. 220. p. 654 e ss.

⁵⁶⁶ Eventualmente, poderiam responder por um delito derivado de um dever de competência organizacional, caso exista previsão no ordenamento punitivo.

⁵⁶⁷ “Neste sentido, afirma ROXIN que o dever ao qual estão obrigados os *intra-neus* se caracteriza por estar anteposto no plano lógico à norma e, geralmente, está contido em outros ramos do ordenamento jurídico. Se trata, por, de um dever extrapenal especial que só constrange a um determinado grupo de indivíduos especialmente obrigados, não coincidindo, portanto, com o dever geral que rege os delitos de domínio, isto é, o dever de não lesar outros bens (*neminem laede*) e que tem uma projeção *erga omnes*”. (GUTIÉRREZ, José Zamyra Veira. *El delito de uso de información privilegiado en el mercado de valores especialmente en el Derecho Penal español (Art. 285 CP)*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Alcalá. 2010. p. 214 – tradução livre).

diplomas legislativos, emanados tanto do Poder Legislativo, quanto Executivo e do Judiciário, que têm por função regular ou regulamentar determinados assuntos atinentes às atividades destes órgãos. São exemplos de lei em sentido amplo as portarias, as instruções normativas, ordens de serviço etc.

As normas gerais e abstratas são aquelas destinadas a tutelar as condutas de um número indeterminado de indivíduos com relação a condutas futuras e incertas.⁵⁶⁸ As leis em sentido estrito são sempre gerais e abstratas, assim como quase a totalidade das leis em sentido amplo.

Por outro lado, as normas individuais e concretas são aquelas que tutelam as condutas de um indivíduo ou de grupo de indivíduos (determinados), com relação a fatos passados⁵⁶⁹, expressamente reconhecidos pela própria norma. São exemplos de normas individuais e concretas as decisões judiciais, as decisões administrativas e as ordens emanadas das autoridades administrativas.

Questão mais complexa diz respeito aos negócios jurídicos. Os negócios jurídicos, que têm como uma de suas espécies o contrato, não são leis, mas são normas de caráter individual e concreto ou abstrato, dependendo do caso. Sendo assim, os negócios jurídicos sempre têm sujeitos definidos, os contratantes, porém, seu objeto pode recair sobre uma conduta atual ou futura, determinada ou determinável.

Essa versatilidade dos negócios jurídicos faz com que seja muito difícil concebê-los como uma fonte de dever para um crime de infração de dever, como se verá ao discutirmos a constitucionalidade do instituto.

Cabe salientar que, no caso dos crimes de infração de dever, a norma de dever sempre tem caráter de norma extrapenal, pois, segundo nossa classificação, caso a norma logicamente antecedente tenha natureza de norma penal, estaremos diante de uma hipótese de crime consequente, que será por nós estudado em seguida.

Por fim, há de se destacar que o dever tem natureza personalíssima, isto é, a norma de dever, mesmo que tenha caráter geral, é dirigida a um determinado grupo de indivíduos, como meio especialmente criado para tutelar sua conduta. Sendo assim, em razão do

⁵⁶⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 354.

⁵⁶⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 354.

princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil), outros indivíduos, que não pertençam a este grupo social, não estão obrigados a realizar este dever.

Essa constatação tem uma série de implicações no âmbito da dogmática penal, como se verá no momento oportuno.

2.4.5. Colisão de deveres: a unidade e harmonia do sistema jurídico

O sistema jurídico é uno e harmônico, não existindo antinomias em seu bojo. Certamente que, para fins hermenêuticos, não existem antinomias no sistema jurídico, contudo, na prática, com a “inflação legislativa” que assola não só o sistema brasileiro, mas, de maneira geral todos os países do sistema romano-germânico, as antinomias, os conflitos, se mostram como uma verdadeira realidade.

Como já estudamos na primeira parte deste trabalho, as normas jurídicas podem possuir três relacionais deônticos: obrigatório (O), proibido (V) e permitido (P). Em regra, de uma mesma norma só pode ser extraído um relacional e, ainda, dentro de um mesmo sistema jurídico não podem existir normas com relacionais deônticos diversos.

Assim, não pode existir, dentro de um mesmo sistema jurídico, uma norma que proíba (v) uma conduta e outra norma que a permita (p), ou uma norma que torne obrigatória (o) uma conduta e outra que a proíba (v).

Como se pode observar, a colisão de deveres⁵⁷⁰ ocorre sempre entre o relacional deôntico de proibição (v) e os relacionais de obrigação (o) e permissão (p).⁵⁷¹ Essas relações deônticas podem ser importantes para o estudo de fenômenos muito relevantes na atualidade, como, por exemplo, a dupla sanção, isto é, a punição tanto pelo Direito Penal quanto pelo Direito Administrativo ou, ainda, o conflito de relacionais entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Porém, neste momento, como se pretende analisar apenas

⁵⁷⁰ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlin: De Gruyter, 1993. p. 444 e ss.

⁵⁷¹ Como bem salienta Urs Kindhäuser, “a colisão de deveres ocorre numa situação em que, numa mesma pessoa recaem pelo menos dois deveres, onde apenas um pode ser cumprido em detrimento dos demais. Geralmente ocorre entre deveres de agir concorrentes.” (KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2005. p. 159 – tradução livre).

o conflito de deveres, nos limitaremos aos relacionais proibido (v) e obrigatório (o) na órbita extrapenal, que são de onde emanam os deveres que nos interessam.

Num ordenamento tão complexo como o brasileiro, é bastante verossímil que uma lei em sentido estrito torne obrigatória (o) determinada conduta e outra lei em sentido estrito ou em sentido amplo a torne proibida (p), ou vice-versa. Na verdade, este fenômeno é muito comum no âmbito do Direito Tributário onde, a ânsia arrecadatória das três esferas da Federação faz com que sejam editadas normas que contrariam o texto do Código Tributário Nacional e da própria Constituição da República Federativa do Brasil.

Numa hipótese como esta, o cidadão se vê numa situação absurda, onde, ao cumprir o dever imposto por determinada norma (obrigação), viola o dever de abstenção imposto por outra (proibição).⁵⁷²

A única solução neste caso, para a hermenêutica linguístico-estruturante é pugnar pela absoluta licitude da conduta, pois o cidadão não pode, em nenhuma hipótese, ser punido em razão de uma contradição no sistema jurídico. É possível, também, advogar no sentido de que o agente atuou em erro de proibição, pois a contradição interna do sistema não permite que o indivíduo construa a correta mensagem legislativa.

Nessas situações não há como se falar em dever de informação por parte do agente, pois a própria contradição do sistema faz com que qualquer informação que se obtenha seja invariavelmente errada sob a perspectiva da norma contrária.

Além disso, nessa hipótese, a teoria do erro deve ser estendida à norma extrapenal, pois o equívoco não recairia sobre a mensagem da norma penal, mas sim sobre a mensagem da norma extrapenal.

2.4.6. Classificação dos crimes de infração de dever

⁵⁷² “Recaindo sobre a mesma pessoa, em conjunto, dois deveres de conduta (obrigações), só há como se cumprir um ou outro [...]”. (JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und de Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlim: De Gruyter, 1993. p. 445 – tradução livre).

A partir de uma perspectiva linguístico-estruturante, os crimes de infração de dever podem ser classificados em duas espécies: os delitos de infração de dever próprios e os impróprios.

Nos delitos de infração de dever próprios, o dever violado é expresso no enunciado do tipo da norma penal e o domínio do fato e a ilicitude da conduta são deslocados da norma penal para a norma extrapenal. O exemplo típico é o do enunciado da norma do artigo 68, *caput*, da Lei n.º 9.605/98, por nós citado em diversas passagens ao tratarmos dos crimes de infração de dever.

Com efeito, o enunciado dispõe: “*deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigações de relevante interesse ambiental.*” Observe-se que o enunciado faz menção expressa à obrigação e que o domínio do agente recai, justamente, sobre esta obrigação, que não está na norma penal, mas sim na norma extrapenal.

Assim, nesses casos, o descumprimento, de maneira dolosa (art. 68, *caput*) ou culposa (art. 68, parágrafo único), da obrigação dá ensejo à ocorrência do crime.

No caso dos crimes de infração de dever próprios também é impossível a coautoria entre indivíduos que possuem o dever com indivíduos que não possuem. Enquanto os indivíduos que possuem a obrigação, atuando em concurso ou não, respondem como autores, os indivíduos que não reúnam esta característica podem responder apenas como partícipes.

Isso se dá porque aqueles que não têm relação com a obrigação, não podem dominar a violação da norma de dever, que não é a eles destinada. Pensando no aspecto comunicativo da norma de dever, sua mensagem é dirigida apenas a indivíduos de determinado grupo, e não à sociedade como um todo; sendo assim, apenas os indivíduos pertencentes a este grupo podem violar a norma.

O terceiro, a quem a norma de dever não se destina, mesmo que atue de maneira imperiosa para a ocorrência da prática criminosa, responde apenas como partícipe.

Já os delitos de infração de dever impróprios são aqueles em que o dever não faz parte da estrutura sintática e, conseqüentemente, não desloca o domínio da conduta para a norma extrapenal. Nessas hipóteses, a classificação do fato como crime de infração de

dever (impróprio) tem a função, hermenêutica, interpretativa, de permitir uma análise conjunta do crime e da norma de dever extrapenal, que será, muitas vezes, relevante para a mensuração do *quantum* da pena ou mesmo em alguns casos, de maneira incidental, para a incidência da norma penal.

Quase todos os crimes podem, eventualmente, ser considerados crimes de infração de dever, desde que o autor do fato possua um dever emanado de outro ramo do Direito.

2.4.7. A (in)constitucionalidade dos crimes de infração de dever

Assim como todas as outras hipóteses de leis penais incompletas já discutidas neste trabalho, os crimes de infração de dever também são acoimados de inconstitucionalidade por violarem o princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil).⁵⁷³

Como já se afirmou, os deveres que integram a estrutura normativa dos crimes de infração de dever são de natureza bastante difusa, podendo ser tanto leis em sentido estrito como leis em sentido amplo, assim como normas de caráter geral e abstrato ou normas de caráter individual em concreto. A questão controversa reside na capacidade de conhecimento hipotético da mensagem da norma de dever extrapenal.

A norma extrapenal, que é uma hipótese complementar de incidência da norma penal, se encontra fora da estrutura sintática da norma penal. A primeira questão que se coloca é com relação à natureza da norma extrapenal.

Como alegado, a norma extrapenal pode ter natureza de lei em sentido estrito, em sentido amplo, e, ainda, de norma geral e abstrata ou individual e concreta.

⁵⁷³ Nesse sentido: “é mister a existência de uma norma não penal de caráter legislativo ou regulamentar para determinar o dever que lhe serve de fundamento. Os inconvenientes que disso derivam para o princípio da legalidade têm sua origem no fato de que o tipo não descreve os deveres antes aludidos cuja vacuidade exige sua constatação por via judicial, por meio muitas vezes até da criação livre do Direito. Essa técnica, em regra, viola o princípio da legalidade, sendo inconstitucional (CF, art. 5º, XXXIX). (GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 1: introdução e princípios gerais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 633).

Com relação às leis em sentido estrito, que têm sempre caráter geral e abstrato, não há grandes indagações porque, em regra, são de conhecimento de todos. Contudo, em razão da falta de sistematização de nosso ordenamento e da existência de um federalismo assimétrico no nosso Estado, com a possibilidade de edição de normas sobre uma série de assuntos por parte de Estados-membros e Municípios, o conhecimento destas normas se torna cada vez mais difícil.

Com relação às leis em sentido amplo que, apesar de terem caráter geral e abstrato, muitas vezes se confundem com meros atos administrativos, a questão do erro se torna mais evidente. Como a publicação dessas normas é usualmente apenas interna ao órgão que a expediu, através da afixação nos murais da repartição ou publicação em seção própria do Diário Oficial, o conhecimento do seu conteúdo torna-se muito dificultoso, dando ensejo ao erro no destinatário da norma.

Questão mais complexa diz respeito às normas individuais e concretas. As normas individuais e concretas são aquelas que buscam tutelar uma situação jurídica específica com relação a um sujeito específico, determinando que ele pratique ou deixe de praticar determinada conduta (v.g., sentença, ordem de autoridade etc.).

Para que a norma individual e concreta possa ter eficácia inequívoca, o destinatário do dever tem de ter conhecimento do seu conteúdo, sob pena de incorrer em erro de proibição. Assim, por exemplo, celebrado um Compromisso de Ajustamento de Conduta ou Acordo de Leniência entre o advogado de determinado indivíduo e o órgão de acusação/investigação, o descumprimento do dever emanado desta norma individual e concreta, só poderá ser imputado ao agente após seu conhecimento inequívoco, que, por sinal, cabe ao Ministério Público comprovar.

Além disso, o dever contido na norma individual e concreta nunca pode se operar retroativamente, isto é, uma sentença, por exemplo, pode apenas impor um dever a ser praticado a partir do momento que o destinatário tem conhecimento do seu conteúdo, mas não pode impor um dever retroativo, afirmando que o destinatário tinha o dever, salvo se este dever já estava, no momento da conduta, regulado ou regulamentado por outra norma individual e concreta.

Outra questão, certamente a mais tormentosa com relação à constitucionalidade, diz respeito à aceitação dos negócios jurídicos, mais especificamente dos contratos, como

normas extrapenais inerentes à estrutura dos crimes de infração de dever. Como já se afirmou, os negócios jurídicos são normas de caráter individual e concreto ou abstrato, conforme o negócio recaia sob uma conduta passada e determinada ou sobre uma conduta futura ou indeterminada.

Esse caráter polivalente dos contratos faz com que seja muito difícil concebê-los, do ponto de vista constitucional, como normas extrapenais complementares aos crimes de infração de dever.⁵⁷⁴

O conhecimento (ou não) da norma extrapenal conduz à outra questão que ocorre em razão do fato de que tipo penal não descreve o dever que deve ser violado para incidência da norma penal, o que faz com que a tarefa do destinatário da norma, que é o cidadão, seja bastante complexa, podendo ele incidir, em diversos casos, em erro de proibição ou mesmo erro de tipo.

Esta questão do erro, que será melhor trabalhada no próximo capítulo, ganha novos contornos dentro da estrutura normativa peculiar dos crimes de infração de dever. O erro de tipo, que é aquele que recai sobre o código da mensagem legislativa (o enunciado), pode recair, também, sobre o código da norma extrapenal. Pode ocorrer, por exemplo, no já citado exemplo do enunciado da norma do art. 68, *caput*, da Lei n.º 9.605/98, que o agente erre sobre um dos elementos que compõem o dever contratual de obrigação de relevante interesse ambiental (v.g., a existência de uma cláusula pouco clara no contrato). Nessa hipótese, deverá ser reconhecido o erro de tipo.

Por outro lado, pode ocorrer que o agente erre sobre a própria mensagem legislativa, isto é, construa a mensagem legislativa de maneira equivocada. Como já se afirmou em diversas passagens deste trabalho, a mensagem é construída em parte pelo emissor (legislador, autoridade administrativa etc.) e em parte pelo receptor (cidadão). Pode ocorrer que, no momento da formação da mensagem, um ruído interfira neste ato, fazendo com que ela seja construída de maneira errada e dando ensejo, no âmbito do Direito Penal, ao erro de proibição.

Seguindo o mesmo exemplo, pode ocorrer que o erro de proibição seja ocasionado por um ruído na construção de sentido da norma extrapenal, como no caso da existência de

⁵⁷⁴ Cf. DELMANTO, Roberto; *et alii*. *Leis penais especiais comentadas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 669.

cláusulas contraditórias no contrato de obrigação de relevante interesse ambiental que não permitam a construção do sentido da mensagem. Nessa hipótese, há de se reconhecer o erro de proibição.

2.4.8. Consequências dogmáticas da adoção da teoria dos crimes de infração de dever

A adoção da teoria dos crimes de infração de dever, especialmente aquela fundada numa hermenêutica linguístico-estruturante, traz diversas consequências dogmáticas para o Direito Penal.

A primeira, que diz respeito tanto ao Direito Penal quanto à Teoria Geral do Direito, diz respeito à existência, no sistema punitivo, de normas de conduta que possuem duas hipóteses de incidência. Como dissemos, nos crimes de infração de dever próprios, a norma extrapenal integra a norma do crime, se consubstanciando numa hipótese de incidência complementar a hipótese de incidência da norma de conduta do crime, que é o tipo.

Apesar da discussão não ser nova na Teoria Geral do Direito, o é no âmbito do Direito Penal, pois os penalistas refutam, *ab ovo*, a existência de normas penais com duas hipóteses de incidência cumulativas, sob o argumento de que isto violaria o princípio da legalidade penal. Contudo, de maneira diversa, admitir a existência de duas hipóteses de conduta, nos crimes de infração de dever, torna o instituto mais garantista e, conseqüentemente, muito mais adequado ao princípio da legalidade penal.

Ao refutar a dupla hipótese, na verdade, a doutrina exclui por completo a incidência dos institutos do erro de tipo e do erro de proibição sobre a norma extrapenal, dificultando a solução de casos que, para nossa teoria, são facilmente solucionáveis.

Outra consequência dogmática diz respeito ao deslocamento, no âmbito dos crimes de infração de dever próprios, do domínio do fato e da ilicitude para a norma extrapenal. De fato, como afirma Claus Roxin, os crimes de infração não exigem o domínio do fato, mas apenas a violação de um dever, isto porque, conforme estes estudos, o domínio da conduta é deslocado do crime para a norma extrapenal.

Nessa medida, a hermenêutica linguístico-estruturante nos permite construir a norma penal “completa”, adicionando à hipótese de incidência do crime a norma extrapenal e, permitindo assim, estudarmos, no âmbito de uma infração penal que dispensa o domínio do fato, o domínio da conduta deslocado para a norma pertencente a outro ramo do Direito.

Ainda, como a ilicitude, um atributo da conduta, regido pela Lei do Terceiro Excluído⁵⁷⁵, é deslocado para a norma extrapenal, a norma do crime de infração de dever já incide como ilícita. Como se argumentou ao tratar da colisão de deveres, se, por algum motivo, a conduta que violou a norma de dever for considerada lícita, a norma do crime de infração de dever não pode incidir, pois a ilicitude da infração de dever é seu pressuposto.

Outra consequência derivada da estrutura normativo-sintática dos crimes de infração de dever próprios, é que é inadmissível, neste caso, a tentativa. Como a conduta recai sobre o dever, presente na norma extrapenal, uma vez ocorrendo sua violação, o crime se perfaz.

Caso o agente tente violar a norma extrapenal de dever, mas não consiga por circunstâncias alheias a sua vontade, não há que se falar em crime, pois não há incidência da norma de dever completa (incluindo a sanção da norma de sanção), não se podendo falar em crime de infração de dever, que, como vimos, é a sanção do descumprimento do dever.

Os crimes de infração de dever também trazem consequências dogmáticas bastante interessantes para o concurso de pessoas. Como dissemos, o dever extrapenal tem natureza personalíssima, isto se deve ao fato de a norma extrapenal ser dirigida a determinados indivíduos, pertencentes a um grupo social, que ostentam uma característica especial.

Sendo assim, somente pode ser autor do crime aquele que ostenta estas características. Além disso, caso ocorra o concurso entre um *intraneus* (que ostenta a característica especial) e um *extraneus* (que não ostenta a característica), este só pode responder como partícipe, nunca como autor, pois ele não pode dominar a conduta, que recai sobre a norma extrapenal (sobre a qual, diga-se, ele não tem qualquer dever).

⁵⁷⁵ A Lei do Terceiro Excluído (*ausgeschlossenen Dritten*) é uma lei lógica que dispõe que não existem gradações entre o ser e o não ser. No caso do Direito, não existem gradações entre o lícito e o ilícito. Sobre o tema, vide: SCHNEIDER, Egon. *Logik für Juristen*. Berlin: Franz Vahlen, 1965. p. 100.

Quando dois indivíduos que possuem a característica especial concorrem para a prática do crime, não há propriamente coautoria, mas sim autoria colateral.

Por fim, nos permite distinguir com clareza os crimes de infração de dever dos crimes especiais. É certo que muitos dos crimes especiais podem ser considerados crimes de infração de dever impróprios, pois, a condição especial do agente, necessária para a ocorrência da infração, faz com que seja violada uma norma de dever extrapenal, como ocorre, por exemplo, no caso dos crimes funcionais.

Porém, nem todos os crimes especiais podem ser considerados crimes de infração de dever em sentido próprio, pois nem todos possuem na sua estrutura sintático-normativa o dever extrapenal.

2.5. OS CRIMES CONSEQUENTES

Os crimes consequentes são crimes que possuem, na norma de conduta, duas hipóteses de incidência: o enunciado do crime (enunciado do tipo consequente) e a norma do crime antecedente, que atua como um enunciado complementar. Nessa medida, os crimes consequentes são muito semelhantes aos crimes de infração de dever, residindo a principal diferença no fato de que, nestes, a hipótese de incidência complementar é uma norma extrapenal, uma norma de dever.

Além disso, nos crimes de infração de dever, em razão da sua peculiar estrutura normativa, onde a existência da norma penal é a consequência, a sanção da norma de conduta, o domínio sobre a conduta e a ilicitude são deslocados para a norma extrapenal, fato que não ocorre nos crimes consequentes, onde, tanto a estrutura normativa deste (do crime consequente) quanto a estrutura normativa do crime antecedente permanecem intactas.

Os crimes consequentes também não se confundem com a lei penal em branco.⁵⁷⁶ Como já se disse, na lei penal em branco, a norma de complementação, apesar de

⁵⁷⁶ Ao comentar o crime de lavagem de dinheiro, Pierpaolo Cruz Bottini afirma que, “ao referir-se à infração antecedente como elemento típico o legislador fez uso da técnica da *norma penal em branco homogênea heterovitelínea*, pela qual o tipo penal é complementado por outra norma de mesma hierarquia, mas prevista em *corpo legislativo distinto*, no caso, a Parte Especial do Código Penal, toda a legislação extravagante e a

condicionada pelo relacional deôntico “proibido”, não possui caráter penal, não se submetendo à mesma estrutura normativa dos crimes consequentes

Nessa medida, poder-se-ia argumentar, assim como ocorre com os crimes de infração de dever, que o instituto se assemelha de tal maneira à lei penal em branco que, com ela se confundiria, sendo nossa classificação apenas um exercício de Lógica. Contudo, há de se ter em mente que, o fato de, no crime consequente, a norma de complementação ser, justamente, um crime, altera de tal maneira a estrutura sintático-normativa, trazendo consequências tamanhas, que nos permite classificá-lo de maneira independente dos outros fenômenos que pertencem à classe de leis incompletas em sentido amplo.

2.5.1. Relação de acessoriedade lógica e relação de acessoriedade normativa

A doutrina, ao discutir o crime de lavagem de dinheiro, afirma que entre ele (crime consequente) e o crime antecedente há uma relação de acessoriedade.⁵⁷⁷ Como é sabido, para a Lógica, a relação de acessoriedade pressupõe ao menos dois objetos um principal, autônomo e que existe por si mesmo, e um acessório, dependente do destino do principal.

No Direito, a ideia de acessoriedade é mais cara ao Direito Civil, nas relações negociais, onde a chamada teoria do acessório tem farta aplicação.⁵⁷⁸ No Direito Penal, o conceito foi encampado através de uma analogia imprópria, pois, como se verá, não há propriamente uma acessoriedade.

O crime de lavagem de dinheiro, assim como outras modalidades de delito consequentes (v.g., favorecimento real, favorecimento pessoal, receptação etc.), é

Lei de Contravenções penais.” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 86).

⁵⁷⁷ “Há entre os crimes antecedentes e a lavagem de dinheiro, uma relação de acessoriedade. Afinal, sem a ocorrência do crime anterior, é impossível originar-se o objeto de ação da lavagem de dinheiro e, via de consequência, tipificá-lo”. (PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110).

⁵⁷⁸ “O princípio de que o acessório segue a sorte do principal (*accessorium corrui, sublato principal*) faz gerar a *teoria do acessório*, diante da qual os próprios atos, de natureza diferente, seguem o destino dos atos principais, quando deles se tornem dependentes.

São assim os *atos civis*, que, ligados aos *atos comerciais*, seguem as regras a estes impostos.

É o conceito do aforismo jurídico – *accessorium sequitur principale*, que bem define os fundamentos da teoria”. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 52).

dependente da ocorrência de um crime antecedente⁵⁷⁹, estando assim condicionado à existência deste.⁵⁸⁰ Contudo, há de se destacar que, nestes casos, não há uma acessoriedade propriamente dita, havendo, na verdade, uma acessoriedade invertida.

Dentro de uma estrutura puramente sintático-normativa, o crime principal é o crime consequente e, *contrario sensu*, o crime acessório é o crime antecedente. Contudo, o crime principal segue a sorte do crime acessório, constatação que vulnera os preceitos de Lógica elementar.

Sendo assim, é mais correto discorrer sobre a relação de causalidade, de consequência entre o crime antecedente e o crime consequente.⁵⁸¹ Essa relação não se confunde com um *post-delictum*, como querem alguns, mas se trata de uma relação lógico-normativa, onde o crime consequente é, como diz o nome, uma consequência do delito antecedente, enquanto este é um pressuposto e é também parte integrante da norma daquele.

2.5.2. A estrutura normativa dos crimes consequentes

Ao tratar-se dos crimes de infração de dever, afirmou-se que eles possuíam uma peculiar estrutura normativa pois apresentavam duas hipóteses de incidência cumulativas na norma de conduta.

Nos crimes consequentes, da mesma forma, a estrutura normativa da hipótese da norma de conduta apresenta duas hipóteses. A primeira é o próprio enunciado do tipo consequente e, a outra, a norma completa do crime antecedente. Nessa medida, os crimes consequentes diferem dos crimes de infração de dever pois, enquanto nestes a norma de dever, que não deixa de ser uma norma antecedente, possui caráter extrapenal, nesta possui caráter penal.

⁵⁷⁹ “*Prima facie*, observa-se que a lavagem de dinheiro vincula-se, de maneira intrínseca, ao prévio cometimento de infração penal. Em verdade, depende de já ter acontecido o crime anterior”. (PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 109).

⁵⁸⁰ “[...], apesar de ser delito acessório, a lavagem de dinheiro possui certa autonomia em relação ao delito antecedente, por força do inciso II e do §1º do art. 2º da lei”. (REZENDE, Bruno Titz de. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48).

⁵⁸¹ Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal econômico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 364.

Assim, além da hipótese da norma de conduta do crime (H_{nc}), que contém a tipicidade, há também a norma do crime antecedente (N_{ca}), que se consubstancia numa hipótese de incidência cumulativa (H'_{nc}).

Contudo, diferentemente do crime de infração de dever, a norma do crime antecedente não desloca o domínio do fato nem a ilicitude, permanecendo incólume a estrutura sintática dos dois crimes. Isso se dá porque, diferentemente do que ocorre nos crimes de infração de dever, onde o crime é a sanção da norma extrapenal, o crime consequente é absolutamente independente do crime antecedente, podendo ocorrer ou não.

Explicando melhor, no caso dos crimes de infração de dever, a violação do dever contido na norma extrapenal dá causa a existência da infração penal, que é sua consequência; já na hipótese do crime consequente, a ocorrência do crime antecedente não dá causa à outra infração penal, que pode ocorrer ou não.

Sendo assim, temos a norma do crime antecedente (N_{ca}), que segue a sintaxe usual das normas penais.

$$N_{ca} = H_{nc}[I_{ilicitude} \cdot T_{tipicidade}] \longrightarrow C_{nc} \vee H_{ns}[C_{culpabilidade}] \longrightarrow C_{ns}[-P_{unibilidade}]$$

Uma vez formada a norma completa do crime antecedente (N_{ca}), inaugura-se a possibilidade de incidência da norma do crime consequente (N_{cc}), que, caso ocorra, terá uma hipótese adicional na norma de conduta (H'_{nc}) que, como dissemos, é a norma “completa” do crime antecedente (N_{ca}).

$$H_{nc}[I_{ilicitude} \cdot T_{tipicidade}] \cdot H'_{nc}[N_{ca}] \longrightarrow C_{nc} \vee H_{ns}[C_{culpabilidade}] \longrightarrow C_{ns}[-P_{unibilidade}]$$

Com isso, para que ocorra a incidência da norma penal do crime consequente, é necessário que antes tenha ocorrido a incidência da norma penal do crime antecedente. Nessa medida, a despeito de eventuais disposições legais em sentido contrário, só se pode falar em incidência da norma penal quando estão presentes os elementos positivos de

incidência (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) e ausente o elemento negativo de incidência (que são as causas extintivas da punibilidade).

Ausente um dos elementos, como por exemplo a culpabilidade, não é possível se falar na incidência da norma do crime antecedente e, conseqüentemente, não é possível sequer postular a possibilidade, a mera hipótese da incidência do crime conseqüente.

Questão mais tormentosa diz respeito a não incidência da norma do crime antecedente em razão da ocorrência de uma causa extintiva da punibilidade que, como dissemos, é um elemento negativo de incidência. Nem todas as causas extintivas da punibilidade, elencadas no art. 107 do Código Penal, são elementos negativos de incidência.

Como se pontuou na Primeira Parte deste trabalho, os elementos negativos de incidência são aqueles que, caso presentes, impedem a incidência da norma penal completa, que somente ocorre com a inovação da ordem jurídica através da produção de uma norma individual e concreta, que a sentença de mérito. Nesse sentido, apenas as causas extintivas da punibilidade que ocorrem antes da edição da norma individual e concreta têm o condão de afastar a incidência. As causas que ocorram posteriormente, afastam a possibilidade do Estado exercer seu ônus punitivo, porém, num plano estritamente sintático-normativo, não têm o condão de afastar a incidência da norma penal.

A despeito do disposto no enunciado da norma do artigo 108 do Código Penal⁵⁸², essa constatação é muito importante para o estudo da correlação entre os crimes antecedentes e conseqüentes, pois, ocorrendo uma causa extintiva da punibilidade que impeça a incidência, não poderemos nem mesmo cogitar a existência do crime antecedente, quanto mais do conseqüente; contudo, se a causa se perfizer após a incidência da norma penal, não afetará a existência da norma do crime antecedente, que poderá, eventualmente, originar o crime conseqüente.

2.5.3. O crime antecedente: muito além do injusto punível

⁵⁸² “Art. 108. A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante de conexão.”

Todos os crimes consequentes fazem, em seu enunciado legislativo, expressa referência ao crime antecedente. Porém, em alguns deles, por expressa determinação legal (no caso do crime de lavagem e dinheiro, art. 2º, §1º, da Lei n.º 9.613/98, e, no caso do crime de receptação, art. 180, §4º, do Código Penal), o crime é equiparado ao mero injusto penal, isto é, à incidência apenas dos elementos analíticos tipicidade e ilicitude.

Esse posicionamento conta com o beneplácito da doutrina, que não se dispõe a criticar disposições tão absurdas.⁵⁸³

Porém, há de se destacar que, apesar de a legislação positivar, em seu enunciado, a opção por determinadas teorias, não tem ela o condão de alterar o estado da Ciência do Direito, da dogmática do Direito Penal e, especialmente, da Teoria Geral do Direito. Sendo assim, se crime, em termos analíticos, é o fato típico, ilícito e culpável⁵⁸⁴ e, se para a incidência da norma penal é necessária a presença de todos os seus elementos, não podemos falar em crime consequente caso não exista, no plano jurídico, o crime antecedente.

Como já se afirmou em diversas passagens desta obra, a norma jurídica somente incide, dando existência jurídica ao crime, no momento em que é produzida uma norma individual e concreta, através da sentença penal condenatória. Antes disso, há, se muito, apenas uma hipótese de crime, um crime em tese.

Admitir que a norma do crime consequente pudesse incidir sem a incidência anterior da norma antecedente seria permitir uma flagrante inconstitucionalidade em razão

⁵⁸³ “Ao contrário do que sucede com os crimes dos arts. 348 e 349 do CP, que se referem, respectivamente, a ‘autor de crime’ e ‘criminoso’, a receptação, tanto dolosa como culposa, é punível ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa receptada”. (DELMANTO, Celso; *et alii*. *Código Penal comentado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 662). Nesse sentido também é a lição de Guilherme de Souza Nucci: “A previsão feita no §4º é apenas uma ressalva, buscando evitar qualquer debate acerca da punição do autor da receptação, mencionando que ‘a receptação é punível ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa’. Logo, não tem a pretensão de definir crime, nem justificar o conceito analítico de delito. Com redação proveniente de 1940, tinha a finalidade de contornar possíveis argumentos de que o receptador não poderia ser punido uma vez que não sabia se sabia quem fora o autor do furto (de onde veio a coisa produto de crime). Ou ainda, que não poderia o receptador ser punido somente pelo fato de que o autor do *fato criminoso* (furto, roubo etc.), por ser inimputável, logo, não culpável, não estaria sujeito à punição. Lembremos que a expressão ‘ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime’ deve ser lida (como sempre foi desde sua inserção no Código Penal) da seguinte forma: ‘Ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do fato criminoso, isto é, típico e antijurídico.’” (*Manual de Direito Penal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 817).

⁵⁸⁴ Nesse sentido, é bastante profícua a crítica ofertada por Pierpaolo Cruz Bottini (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 85 e ss.).

da violação do princípio da legalidade e do princípio da não culpabilidade⁵⁸⁵, e um verdadeiro absurdo, podendo dar azo a uma condenação injusta. Não há como se admitir, no Direito, argumentos de natureza “prática”, no sentido de que a adoção do modelo aqui proposto levaria à impunidade dos crimes consequentes, pois, num Estado Democrático de Direito, a impunidade, quando fundada nos argumentos corretos é, na verdade, justiça.

Em suma, não há como se punir, por receptação, lavagem de dinheiro, ou qualquer outro crime consequente, se não há a incidência do crime antecedente, pois, caso eventualmente comprovado, em processo autônomo, a não incidência da norma deste, restaria inexistente aquele.

2.5.4. Classificação dos crimes consequentes e a necessária interpretação conforme a Constituição dos crimes consequentes impróprios

A existência de alguns crimes consequentes que exigem apenas a ocorrência de injusto penal para sua configuração, faz com que o fenômeno possa ser classificado em duas espécies: crimes consequentes próprios e crimes consequentes impróprios.

Os crimes consequentes próprios são aqueles que exigem a ocorrência de um crime antecedente, isto é, a ocorrência de um fato típico, ilícito e culpável. Para que possa incidir a norma do crime consequente, nestes casos, antes tem de haver a incidência da norma do crime antecedente, sem a qual, não se pode nem mesmo cogitar a existência daquele.

⁵⁸⁵ Veja que a mesma doutrina que defende a interpretação pouco comum do vocábulo crime no caso da receptação, por exemplo, o faz de maneira diversa com relação ao crime de favorecimento pessoal: “Referindo-se o art. 348 a autor de crime (*caput*) e criminoso (§2º), e não acusado de crime ou simplesmente acusado, pensamos que, diante das garantias constitucionais do direito à desconsideração prévia de culpabilidade (CR, art. 5º, LVII) ou presunção de inocência (CR, art. 5º, §§2º e 3º, c/c o art. 14, 2, do PIDCP e art. 8º, 2, primeira parte, da CADH – os dois últimos tratados subscritos e ratificados pelo Brasil) e da reserva legal (CR, art. 5º, XXXIX e §§2º e 3º, PIDCP, art. 15, 1; CADH, art 9º), está igualmente prevista no art. 1º do CP, que veda o emprego da interpretação extensiva ou da analogia ao punir, o auxílio ou favorecimento que este tipo penal incrimina é somente prestado àquele que já tiver sido condenado por crime, com decisão transitada em julgado. Por tanto, o auxílio ou favorecimento a acusado, ou seja, a pessoa que ainda não tenha sido condenada definitivamente, será atípico. Dir-se-á, talvez, que tal interpretação poderá ter consequências morais danosas, deixando impunes aqueles que, em evidente conduta antissocial, por exemplo, favorecem acusado de um crime hediondo, como extorsão mediante sequestro. Mas, então, que se altere o Código Penal, pois é este, como lei ordinária, que deve se adaptar à CR, e não o contrário”. (DELMANTO, Celso; *et alii*. *Código Penal comentado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1010).

Os exemplos de crimes consequentes próprios, no nosso ordenamento, são o crime de favorecimento pessoal (art. 348 do Código Penal) e o crime de favorecimento real (art. 349 do Código Penal). Neles, a norma do crime antecedente tem de incidir, através da criação efetiva de uma norma individual e concreta, que é a efetiva condenação do favorecido.

Já os crimes consequentes em sentido impróprio são aqueles que, em razão de uma inconstitucional disposição legal, se exige apenas um injusto antecedente, isto é, que o fato antecedente seja apenas típico e ilícito, desprezando-se, assim, a culpabilidade, elemento analítico do crime e positivo de incidência, e a punibilidade, elemento negativo de incidência. Para que a norma penal do crime consequente incida, neste caso, basta um mero indício, uma mera probabilidade de crime. São exemplos desta espécie a receptação (art. 180 do Código Penal) e a lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei n.º 9.613/98).

Contudo, as disposições legais que fazem com que estes crimes sejam classificados como consequentes impróprios são absolutamente inconstitucionais, por violarem os princípios da legalidade e da não culpabilidade, devendo, então, os institutos serem interpretados conforme a Constituição.⁵⁸⁶

A única interpretação possível, na espécie, é de que, para que ocorra a incidência da norma dos crimes consequentes, a despeito da disposição legal, há de ocorrer, antes, a incidência da norma do crime antecedente, não bastando, para sua configuração, apenas indícios de crime.

2.5.5. As consequências dogmáticas da adoção da teoria dos crimes consequentes

A principal consequência da adoção de uma teoria dos crimes consequentes, fundada na hermenêutica linguístico-estruturante, é que o crime antecedente passa a

⁵⁸⁶ “A interpretação conforme a Constituição consiste precisamente em privilegiar aquele sentido que torna a norma compatível com a Constituição, desprezando as demais possibilidades interpretativas, por colidirem com o texto constitucional”. (FERRARI, Sérgio. Interpretação conforme a constituição. In: TORRES, Ricardo; *et alii.* (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 638).

integrar, como hipótese complementar da norma de conduta, a norma do crime consequente.

Esse fenômeno tem grande relevância no âmbito do Direito Penal pois, como já destacamos anteriormente, a norma do crime antecedente, para que possa dar causa ao crime consequente, tem de incidir completamente. Não basta a incidência parcial, com a ocorrência de apenas um ou dois elementos analíticos do crime, é necessário que a incidência seja completa, fato que só se revela com a produção da norma individual e concreta na sentença penal condenatória.

Caso seja afastada a tipicidade⁵⁸⁷, a ilicitude ou a culpabilidade do crime antecedente, não há como se falar em incidência e, assim, em crime consequente. É lógico que se poderia argumentar no sentido de que, ao adotarmos a hermenêutica linguístico-estruturante no caso dos crimes consequentes, estaríamos dando azo a situações de inconcebível impunidade, como na receptação de produto oriundo de ato infracional.

Porém, há de se entender que o Direito não admite concessões e, se admitíssemos a punição do crime consequente apenas fundada num injusto antecedente, incorreríamos num grave erro que poderia ocasionar, eventualmente, punições injustas que, certamente, são muito mais graves do que absolvições injustas.

Imagine-se o exemplo do indivíduo que, errando sobre o código do enunciado legislativo e, por isto, atuando em erro de tipo, extraia determinada quantidade de madeira pensando tratar-se de eucaliptos quando, na verdade, se tratava de madeira nativa, e revenda estes objetos a um terceiro que, em razão do baixo preço do produto, poderia incorrer no crime de receptação culposa. Em razão da suposta independência entre os crimes, poderia ocorrer de o receptador ser condenado em um processo e, o extrator, posteriormente absolvido em outro.

Haveria, então, uma receptação culposa sem a existência do produto proveniente de crime, o que, na verdade, apenas demonstra a impropriedade da correlação entre os crimes antecedentes e consequentes na maneira como é apresentada hoje.

⁵⁸⁷ A insignificância afasta a tipicidade e, sendo assim, caso o crime antecedente seja considerado insignificante, não haverá incidência da norma antecedente.

Em sentido diverso, a ocorrência de um crime antecedente tentado, não afeta a incidência da sua norma. A tentativa é, na verdade, um fenômeno que altera a sanção da norma, mas nada influi na sua incidência.

Uma última questão que se coloca diz respeito ao concurso entre o crime antecedente e o crime consequente. É muito debatida na doutrina a possibilidade ou não da punição do autor do crime antecedente também pelo crime consequente, apresentando-se, no mais das vezes, conclusões casuísticas, desvinculadas de uma verdadeira teoria dos crimes consequentes.

Existem alguns crimes consequentes em que não há possibilidade (lógica) do autor do crime antecedente ser o mesmo do crime consequente, como ocorre nos crimes de favorecimento real e pessoal, porém existem outros, como a lavagem de dinheiro e a receptação onde é possível, ao menos em tese, que a autoria recaia sobre a mesma pessoa. Enquanto no crime de lavagem de dinheiro grande parte da doutrina se posiciona no sentido de que é possível que o autor do crime antecedente seja autor do crime consequente, naquilo que se denomina autolavagem⁵⁸⁸, no crime de receptação, a doutrina é absolutamente unânime no sentido de que não é possível que o autor do crime antecedente cometa, também, o crime consequente (a receptação).⁵⁸⁹

Os crimes consequentes, no mais das vezes, têm como finalidade dissimular ou ocultar bens produtos de crimes ou pessoas que cometeram crimes e, sendo assim, não é possível que o autor do crime antecedente seja punido pela prática do crime consequente simplesmente porque haveria uma dupla punição pelo mesmo fato.

Os crimes antecedentes não são cometidos unicamente para satisfazer prazeres ocultos do autor, como a vaidade, por exemplo, mas sim para obter algum tipo de vantagem, como a utilização econômica do produto do crime, ou mesmo favores de

⁵⁸⁸ BALTAZAR JUNIOR, João Paulo. *Crimes federais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 774; NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas – vol. 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 485; BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 75 e ss.; REZENDE, Bruno Titz de. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 53. Em sentido diverso, advogado pela impossibilidade da autolavagem: GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José Faria da; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 164.; DELMANTO, Roberto; et alii. *Leis penais especiais comentadas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 691 e ss.

⁵⁸⁹ DELMANTO, Celso; et alii. *Código Penal comentado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 655; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 892. _____, *Curso de Direito penal brasileiro – vol. 2*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 481

natureza pessoal, sexual etc. Assim, o crime consequente, nessa hipótese, nada mais é do que o exaurimento do crime antecedente.⁵⁹⁰

É inconcebível que o autor de um crime de furto (art. 155 do CP), ao resolver “incorporar”⁵⁹¹ o bem ao seu patrimônio, seja também punido pela receptação (art. 180 do CP). Neste caso há uma dupla punição pelo mesmo fato, pois a finalidade do crime de roubo é, de alguma forma, acrescer o patrimônio do autor, seja através da venda da *res furtiva* ou da sua incorporação ao patrimônio. No mesmo sentido é o crime de lavagem de dinheiro. O crime antecedente, seja ele qual for, não é cometido apenas para o deleite do autor, mas para, de alguma forma, auferir proveito econômico.

Isso não significa que, eventualmente, outros indivíduos que concorrem apenas para a prática do crime consequente, nela incidam, mesmo que ao autor do crime antecedente, que também concorre para o crime consequente, seja punido apenas por aquele. O dono do ferro-velho que compra o veículo produto de furto incorre no crime de receptação, assim como o gerente de banco, o corretor de seguros etc., respondem pelo crime de lavagem de dinheiro, caso auxiliem aquele que praticou o crime antecedente.

⁵⁹⁰ “Daí decorre a conclusão inevitável de que o crime de lavagem de valores, quando praticado pela pessoa que praticou o crime antecedente é exaurimento deste, é o fim desde sempre visado pelo agente, seu complemento ou, até o meio indispensável para o “sucesso” do primeiro. Quem pratica o tráfico de substâncias que causam dependência o faz com o fim de lucro e se estiver em sua disponibilidade dissimula o lucro, inclusive em virtude de implicações tributárias.” (GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, José Faria da; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 164).

⁵⁹¹ Dizemos “incorporar” porque, para o Direito Civil, a prática criminosa é uma forma de aquisição originária da propriedade.

CAPÍTULO 3

O ERRO NO DIREITO PENAL: ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO

3.1. O ERRO COMO UM FENÔMENO LINGUÍSTICO

Sob a ótica de um estudo do Direito fundado na linguística e na Filosofia da Linguagem, enunciado normativo e norma não se confundem.

O enunciado normativo, de caráter descritivo, é o conjunto de signos linguísticos ordenados, é o texto da lei (v.g., o enunciado do art. 121 do Código Penal, “matar alguém”)⁵⁹². Já a norma é o sentido que é construído pelo intérprete a partir desse enunciado normativo ou a partir de um conhecimento linguístico “vulgar”, é a prescrição normativa (v.g., a construção que se faz a partir do enunciado do art. 121 do Código Penal, “é proibido matar alguém”).

Tanto a leitura do texto da lei quanto o conhecimento da norma jurídica depende da existência de um código e de um repertório parcialmente comum entre o emissor, que é o legislador, e o receptor, que é o cidadão destinatário da norma. Contudo, existem diversos fatores que podem afetar a identidade de código e de repertório entre o emissor e o receptor.

No âmbito do estudo do erro, o fenômeno mais evidente é a ausência de um repertório suficientemente desenvolvido por parte do receptor da comunicação legislativa, que não permite que ele construa a mensagem corretamente.⁵⁹³ Essa deficiência, que pode ser causada por fatores sociais, regionais, econômicos etc., impede que o indivíduo, no caso da norma penal, tenha conhecimento da ilicitude do fato, atuando, então, em erro de proibição.

⁵⁹² Normalmente a doutrina classifica esses enunciados em “descritivos” e “normativos”, conforme sejam considerados elementos normativos ou culturais. Contudo, em termos linguísticos, tais enunciados são descritivos.

⁵⁹³ Sobre o tema, *vide* item “3.4. Sistemas de linguagem, mutação, variação e conflito linguístico” da Primeira Parte.

Porém, não é só. A falha na comunicação também pode ser ocasionada pelos diversos elementos dêiticos que, relacionando-se contexto de emissão ou de recepção da mensagem, interferem na percepção da “realidade” pelo indivíduo.⁵⁹⁴ Diferentemente do repertório, que é relacionado a fatores econômicos e sociais, a dêixis se relaciona com fenômenos como o tempo, o lugar e o próprio indivíduo.

Esses elementos podem influenciar a correspondência entre a realidade construída pelo indivíduo e a realidade comunicacional, intersubjetiva, dando ensejo ao erro. Esse fenômeno é bastante perceptível no erro de tipo, quando os elementos dêiticos influenciam a correspondência entre a conduta do indivíduo e os elementos linguísticos (signos) que compõem o enunciado legislativo da norma penal (tipo penal).

Assim, ainda que não almejemos, neste trabalho, propor novas soluções dogmáticas ao estudo do erro no Direito Penal, pretendemos, através do estudo da Linguística e da Filosofia da Linguagem, lançar um novo olhar sobre o tema.

3.2. ERRO DE TIPO

O erro de tipo, conforme a doutrina, “é o erro do agente que recai sobre os requisitos objetivos constitutivos do tipo legal”.⁵⁹⁵ O agente não tem consciência da correlação entre a sua conduta e os elementos que compõem o tipo.

Esse conceito é muito próximo ao de uma perspectiva linguística, que conceitua o erro de tipo sobre o erro que recai sobre o enunciado legislativo, isto é, sobre o código da comunicação.

A diferença entre os conceitos reside no fato de que, para a hermenêutica linguístico-estruturante, o erro não recai apenas sobre os requisitos objetivos constitutivos do tipo, mas sobre qualquer elemento que constitua o código da mensagem legislativa, incluindo-se, neste conceito, as hipóteses de incidência complementares, como a norma de

⁵⁹⁴ Sobre o tema, *vide* item “4.4.1. Dêixis” da Primeira Parte.

⁵⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 389.

complementação da lei penal em branco e a norma de dever dos crimes de infração de dever.

Ainda, a adoção dessa perspectiva nos permite diferenciar com maior clareza o erro de tipo do erro de proibição. Enquanto o erro de proibição é aquele que recai sobre o produto construído pelo destinatário da comunicação legislativa, sobre a mensagem, que é a própria norma penal, o erro de tipo recai sobre os elementos que compõem o código da comunicação.

Imagine o exemplo do crime de furto (art. 155 do Código Penal). Se o agente desconhece a prescrição normativa, a mensagem de que é “proibido subtrair coisa alheia móvel”, incorre em erro de proibição. Agora, se o indivíduo subtrai coisa alheia pensando que fosse própria, erra sobre um dos elementos do código (“subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem”), incidindo, então, em erro de tipo.

Por fim, o estudo do erro de tipo através da linguística nos permite abordar o fenômeno através da perspectiva do repertório linguístico e do contexto da comunicação, fazendo com que o erro se torne um fenômeno muito mais claramente compreensível.

3.2.1. O conhecimento do enunciado legislativo

Uma das questões mais relevantes no estudo do erro de tipo, mas que é absolutamente ignorada pela doutrina, diz respeito ao conhecimento do enunciado legislativo. Enquanto no erro de proibição muito se discute sobre o conhecimento da ilicitude, no erro de tipo, muito pouco se fala sobre o conhecimento do enunciado legislativo.

Certamente é esta a razão que faz com que parte da doutrina afirme que o erro de tipo é um erro de “realidade”, aproximando o fenômeno do antigo erro de fato. A partir do momento em que se ignora a possibilidade ou não de conhecimento do enunciado legislativo, o erro de tipo só pode ser visto como um erro de “realidade”, pois recai sobre a “realidade objetiva” da conduta do agente.

Porém, dentro da perspectiva linguístico-estruturante, é impossível se falar numa “realidade objetiva”, pois a realidade é linguística e, por isto, intersubjetiva. Sendo assim, o erro de tipo é um erro de linguagem, não um erro de fato. É um erro que ocorre em razão da falta de correspondência entre a conduta desejada pelo agente e os signos que compõem o enunciado legislativo.

Isso não significa que o agente deva conhecer o enunciado legislativo. Diferentemente do erro de proibição, onde existe um certo nível de exigência de conhecimento informal da mensagem legislativa, como veremos ao tratar do instituto, no erro de tipo, o indivíduo não tem o dever, nem mesmo em tese, de conhecer o enunciado legislativo.

Exigir do indivíduo o conhecimento da correspondência exata entre a intenção de sua conduta e o enunciado legislativo da norma penal seria uma indevida atribuição, que violaria a própria essência da liberdade no Estado Democrático de Direito.

3.2.2 A influência do contexto da comunicação no erro de tipo: a dêixis do erro

Enquanto o erro de proibição é fortemente influenciado pelo repertório linguístico do indivíduo, que não lhe permite construir a mensagem legislativa, o erro de tipo é influenciado pelo contexto, ou melhor, pelos elementos dêiticos⁵⁹⁶ que influenciam a correspondência entre o enunciado da norma e o fato. São esses elementos, por nós estudados na primeira parte: o sujeito, o tempo, o espaço e o sistema.

O primeiro e mais controverso elemento dêítico é o sujeito. Como dissemos na primeira parte deste trabalho, os sujeitos da comunicação são emissor e destinatário e, se no Direito Penal o emissor somente pode ser o legislador ordinário⁵⁹⁷, o receptor pode ser qualquer indivíduo.

Assim, eventuais condições pessoais do emissor, como a incapacidade psíquica, permanente ou momentânea, ou qualquer outra condição que afete a capacidade de

⁵⁹⁶ Os elementos dêiticos são as diversas formas através da qual língua e contexto se relacionam.

⁵⁹⁷ Nas leis penais em branco, a norma extrapenal pode ser emitida por órgão que não seja o Congresso Nacional, contudo, conforme a discussão enfrentada, é controverso afirmar que a norma extrapenal possui, neste caso, natureza de norma penal.

percepção do indivíduo como, por exemplo, a ignorância sob determinado objeto ou a boa-fé, podem deslindar em erro de tipo.

Um exemplo trazido pela doutrina é o de “uma mulher que, a pedido de um conhecido, transportava uma caixa contendo cocaína sem saber”.⁵⁹⁸ Nessa hipótese, o erro sobre a correlação entre o fato e o enunciado legislativo recaiu sobre a norma complementar do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei n.º 11.343/06), sendo uma evidente situação de erro de tipo.

Porém, a doutrina refuta a aplicação deste argumento aos inimputáveis veementemente, afirmando que, se se aplicasse o erro de proibição ao doente mental, por exemplo, não se poderia-lhe aplicar uma medida de segurança.⁵⁹⁹

Contudo, tal argumento é um absurdo e vai de encontro aos preceitos do Direito Penal democrático. É óbvio que o doente mental pode atuar em erro de tipo. Se sua doença mental não lhe permite construir o sentido da prescrição normativa, é evidente que está em erro de proibição, porém, se não lhe permite correlacionar o enunciado do tipo com a situação fática, atua em erro de tipo.

Imagine o exemplo de um indivíduo esquizofrênico que, em razão da administração de forte remédio psiquiátrico, apropria-se de um objeto que apesar de não ser seu, é semelhante ao seu (v.g., um celular). Nessa hipótese não se pode cogitar que ele atuou em erro de proibição, pois tinha consciência da proibição, porém, em razão de uma situação pessoal, não conseguiu avaliar corretamente a correlação entre conduta e enunciado.

Outro elemento dêitico importante é o tempo. A dêixis de tempo, na comunicação não jurídica, está relacionada com o tempo em que é construída a oração (passado, presente, futuro e suas variantes), porém, na comunicação jurídica, é mais interessante estudarmos o fenômeno com relação à variação da mensagem ocorrida entre o tempo da codificação e o tempo da recepção.

⁵⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 389.

⁵⁹⁹ “[...]. O problema dessa tese é que eliminada a tipicidade (na primeira hipótese) não seria possível aplicar medida de segurança ao inimputável doente mental. Daí a preferência do tema de acordo com a doutrina clássica: a doença mental não chega a excluir o dolo, senão a capacidade de entendimento da ilicitude. É uma questão de culpabilidade, não de tipicidade. (GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 391).

As normas jurídicas são destinadas a vigorar por tempo indeterminado e, assim, estão sujeitas a serem “modificadas” pelo fenômeno da mutação linguística, isto é, pela atribuição de novos significados e significação aos seus signos que compõem seu código.

Exemplo profícuo é o do crime de fraudes ou abusos na fundação ou administração de sociedades por ações (art. 177 do Código Penal). Originalmente, as sociedades por ações eram apenas aquelas disciplinadas pela Lei n.º 6.404/76; contudo, com a introdução do Código Civil de 2002, passou-se a prever uma nova modalidade de sociedade por ações, a sociedade em comandita por ações.

Assim, a norma do crime passou a abranger também as sociedades constituídas sob a forma comandita por ações, o erro de tipo poderia ocorrer quando, por exemplo, o indivíduo que fosse constituir uma nova sociedade de ações, apesar de conhecer a mensagem da norma do art. 177 do Código Penal, entende-se que a expressão “sociedade por ações” se aplicasse apenas às companhias reguladas pela Lei n.º 6.404/76, e não à nova modalidade regulada pelo Código Civil.

Outro elemento dêitico é o espaço, entendido como o local onde se desenvolve a comunicação. Hipoteticamente, o local onde se desenvolve a comunicação seria o Congresso Nacional, porém, para fins práticos, é possível diferenciar o espaço da enunciação e o espaço da recepção, sendo o primeiro sempre certo e, o segundo, incerto.

Assim, muito mais que a variação linguística regional, que tem maior importância no estudo do erro de proibição, circunstâncias de local ou geográficas podem afetar a compreensão do indivíduo da correlação entre sua conduta e o enunciado da norma.

É o exemplo da “mulher que, por engano, se apoderou de um veículo branco, que era idêntico e estava estacionado ao lado do seu”.⁶⁰⁰ Nessa hipótese, não se pode afirmar que a mulher não conhecesse a mensagem legislativa do crime de furto, porém, em razão das condições do local, foi levada a erro, no caso, erro de tipo, por recair sobre um dos elementos do código que compõe o enunciado do crime, a saber, “coisa alheia”.

Por fim, o último elemento dêitico que pode afetar o contexto é o sistema, que é o fato de o Direito ser um subsistema linguístico onde, apesar da suposta unidade e harmonia, existem antinomias. Em regra, os estudiosos da linguística refutam o sistema

⁶⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 389

como elemento dêitico, contudo, em razão da sua importância no Direito, não prescindiremos de seu estudo, apesar da evidente dificuldade de se diferenciar, na dêixis do sistema, o erro de proibição do erro de tipo.

Pensando nos delitos de infração de dever, quando existem deveres contraditórios, evidentemente estamos diante de situações de erro de proibição, pois, diante da contrariedade do sistema, é impossível construir a mensagem legislativa. Contudo, podem ocorrer hipóteses em que, apesar de não haver contradição, os limites do dever são incertos.

Imagine-se uma norma de dever, de caráter ambiental, que determine que determinado indivíduo recupere determinada área através de espécimes nativos da flora brasileira, sem, contudo, mencionar a natureza do termo “flora brasileira” (o termo pode abarcar espécimes nativos da Amazônia, da Mata Atlântica, ou de qualquer outro ecossistema presente no território nacional). Nessa hipótese, mesmo que o indivíduo tenha consciência de que o descumprimento do dever pode dar azo a um crime de infração de dever, pode incorrer em erro com relação ao elemento “flora brasileira”, que compõe a norma de dever e, assim, incidir em erro de tipo.

3.2.3. O erro sobre os elementos normativos especiais da ilicitude

Uma das questões mais controversas no estudo do erro de tipo diz respeito aos elementos normativos especiais da ilicitude. A doutrina costuma conceituá-los como elementos que, “embora integrem a descrição do crime, referem-se à ilicitude e, assim sendo, constituem elementos *sui generis* do fato típico, na medida em que são, ao mesmo tempo, caracterizadores da ilicitude”⁶⁰¹, como as expressões “indevidamente”, “sem justa causa” etc.

Porém, este conceito não nos parece correto, pois não são elementos *sui generis*, mas elementos que compõem verdadeiramente o tipo penal, mesmo indicando uma ilicitude, ainda que discricionária, pois deixada ao arbítrio do magistrado, do aplicador da norma penal.

⁶⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo & erro de proibição: uma análise comparativa*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131.

Em razão desta confusão metodológica, ao se tratar um elemento do tipo como se fosse um elemento estranho ao próprio tipo, várias correntes surgiram para tratar do tema. Claus Roxin, por exemplo, afirma que o erro que recaia sobre esses elementos pode ser, numa situação, erro de tipo, em outra, erro de proibição⁶⁰²; já para Cesar Roberto Bitencourt, seguindo os ensinamentos de Muñoz Conde, primeiro deveria se avaliar, no caso concreto, se há erro de tipo, para em seguida, analisar se há erro de proibição.⁶⁰³

Numa perspectiva linguístico-estruturante, a solução do problema se apresenta de maneira mais clara. Se o erro recai sobre a mensagem transmitida pela comunicação normativa, isto é, sobre a própria norma, estamos diante de uma hipótese de erro de proibição; contudo, se o erro recai entre a correspondência de um dos elementos do código da comunicação, do enunciado do tipo, e a realidade, estamos diante de um erro de tipo.

Assim, no exemplo de um médico⁶⁰⁴ que, em razão da doença grave e rara que acomete seu paciente, divulga segredo em busca da ajuda de outros profissionais e pesquisadores da área da saúde, acreditando que, na hipótese, a revelação do segredo não só seria lícita mas também um corolário da ética médica, atua em erro de proibição, pois, neste caso, não teria consciência da mensagem legislativa em sua inteireza; de outro lado, se divulgasse o segredo médico em um congresso de medicina no qual fosse palestrante, acreditando que a evolução da ciência médica seria uma causa justa para a revelação do segredo profissional, estaríamos diante de um erro de tipo, que recairia sobre a correspondência do termo “sem justa causa” com a realidade.

Outro exemplo diz respeito ao crime de abandono intelectual, que também contém o elemento do tipo “sem justa causa”. Assim, se os pais deixam prover a instrução primária do filho porque, em razão do seu repertório linguístico limitado, a despeito do disposto no enunciado da norma do art. 6º da Lei n.º 9.394/96⁶⁰⁵, acreditam que não seja obrigatória a matrícula ou presença da criança em instituição de ensino, estamos diante de uma hipótese de erro de proibição; contudo, se, em razão de convicções filosóficas, acreditam que não é necessário matricular seu filho em instituição de ensino oficial, podendo educá-lo em casa,

⁶⁰² ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 491 e ss.

⁶⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo & erro de proibição: uma análise comparativa*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 132.

⁶⁰⁴ Este exemplo é trazido por: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo & erro de proibição: uma análise comparativa*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 134.

⁶⁰⁵ “Art. 6.º É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos 6 anos de idade, no ensino fundamental.”

estamos diante de um erro de tipo, já que há um erro entre a correspondência do elemento do tipo “justa causa” e a realidade.

3.2.4. O erro sobre as hipóteses de incidência complementares

No âmbito da hermenêutica linguístico-estruturante, como as hipóteses de incidência complementares (v.g., norma de complementação da lei penal em branco⁶⁰⁶, norma de dever dos crimes de infração de dever e crime antecedente nos crimes consequentes), é possível que sobre elas recaia o erro de tipo.

Ao considerarmos esses elementos como hipóteses de incidência complementar, fazemos com que eles passem a integrar o enunciado, o tipo do crime e, assim, sejam também passíveis de erro.

É o exemplo do indivíduo que porta um galho de planta, sem saber que, na verdade, se trata de um galho de maconha. Nessa hipótese, evidentemente, o indivíduo não está em erro de proibição, pois conhece a mensagem normativa, nem em erro de tipo com relação ao enunciado principal, mas sim com relação ao enunciado de complementação. O erro de tipo recai, na espécie, sobre o elemento “maconha”, que não está contido no enunciado da norma do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, mas no enunciado da norma de complementação, uma norma de caráter administrativo.

Nos crimes consequentes, quando o crime antecedente é praticado por outro indivíduo, a questão se torna mais complexa. Nessa hipótese, poder-se-ia argumentar que apenas o indivíduo que praticou o crime antecedente poderia incorrer em erro com relação a este crime, e não o indivíduo que praticou o crime consequente; porém, adotando-se a perspectiva da hermenêutica linguístico-estruturante, é possível a ocorrência do erro de tipo com relação ao crime antecedente por aquele que pratica o crime consequente, já que, o enunciado daquele faz parte do enunciado deste.

É o indivíduo que, após ter o som automotivo furtado, dirige-se até o mercado de produtos ilícitos e compra por valor irrisório outro aparelho, pensando que era o seu. Na

⁶⁰⁶ Sobre o erro nas leis penais em branco, vide: ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006. p. 157 e 491 e ss.

hipótese, o erro de tipo não recai sobre nenhum dos signos do enunciado do crime principal (receptação), já que o indivíduo sabe que adquire objeto que é produto de crime; contudo, o erro recai sobre o crime de furto, praticado por terceiro indivíduo, já que, a vítima, pensava que o aparelho não era coisa alheia, mas sim, coisa de sua propriedade.

3.3. ERRO DE PROIBIÇÃO

O erro de proibição, para a doutrina tradicional⁶⁰⁷, é aquele que recai sobre a ilicitude do fato. Porém, numa perspectiva linguístico-estruturante, o erro de proibição é aquele que recai sobre a mensagem construída pelo destinatário do enunciado legislativo, isto é, sobre a própria norma.

Isso ocorre porque a ilicitude está contida no produto da comunicação legislativa, que é a mensagem (a norma). A mensagem legislativa, em regra, contém uma proibição, porém, pode conter, eventualmente, uma obrigação, como no caso dos delitos de infração de dever. Assim, o erro recai sobre a norma, prescreva ela uma proibição ou uma obrigação.⁶⁰⁸

Imagine o exemplo contido no enunciado da norma do art. 35 da Lei n.º 5.700/1971, que incrimina aquele que executa o Hino Nacional em desacordo com as disposições ali contidas. A mensagem legislativa que deveria, em tese, ser construída pelo indivíduo neste caso seria “é proibido executar o Hino Nacional em desacordo com as disposições legais”, contudo, em razão da falta de repertório linguístico, pode ocorrer de a mensagem não ser construída corretamente, e assim, atuar o agente em erro de proibição, pensando que não seria proibido “reinterpretar” o Hino Nacional como bem entendesse.

⁶⁰⁷ Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 590; MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64.

⁶⁰⁸ Sem adotar uma perspectiva linguístico-estruturante, mas em sentido parecido é a lição de Ivan Martins Motta: “O erro sobre a ilicitude do fato, portanto, refere-se à relação existente entre a conduta e a norma pressuposta pelo tipo, em que o agente, por uma errônea representação, desconhece que sua conduta é contrária à norma, tendo- por conforme ao direito. É nessa relação entre o comportamento do autor e a norma pressuposta pelo tipo (proibição ou mandado) que se determinará se o autor tinha ou não consciência da ilicitude de sua conduta.” (*Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64).

Situação diversa seria se, por exemplo, o indivíduo conhecesse a proibição contida no art. 35 da Lei n.º 5.700/1971, e executasse a reinterpretação do Hino Nacional pensando que, na verdade, tratava-se de uma reinterpretação do Hino da Bandeira. Nessa hipótese, o erro recai sobre um dos elementos que compõe o código, o enunciado legislativo da norma penal (o tipo) e, assim, incide o indivíduo em erro de tipo.

Sendo assim, a adoção da perspectiva linguístico-estruturante nos permite distinguir com clareza esta modalidade de erro do erro de tipo, que é aquele que recai sobre os elementos do enunciado legislativo.

Além disso, nos permite trazer, para o estudo do erro e, em especial, do erro de proibição, diversos elementos da linguística e da teoria da linguagem como o estudo do repertório linguístico do indivíduo que é fundamental.

3.3.1. Os níveis de conhecimento da norma

O conhecimento, para fins de erro de proibição, não recai sobre o enunciado normativo, mas sim sobre a norma (a ilicitude contida na norma)⁶⁰⁹, isto é, sobre o sentido prescritivo que é construído pelo intérprete através da hermenêutica do enunciado descritivo ou através de seu conhecimento empírico, que compõe o repertório linguístico. A consciência da ilicitude é a consciência do sentido da prescrição normativa⁶¹⁰, e não de cada um dos signos que compõem o enunciado normativo⁶¹¹.

⁶⁰⁹ Sobre o objeto do erro de proibição, vide: KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2005. p. 216 e ss.; STRATENWERTH, Günter. *Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat*. 4ª ed. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2000. p. 232 e ss.

⁶¹⁰ É um conhecimento vulgar (*doxa*), muito diferente do conhecimento científico (*episteme*), que só pode ser construído pelos juristas. É um conhecimento de “ouvir dizer que”, ou “saber que” determinado comportamento é proibido pelo ordenamento punitivo, independentemente do conhecimento efetivo do enunciado normativo.

⁶¹¹ Nesse sentido, ainda que através de signos diversos, é a doutrina: “A diferença reside em que a ignorância da lei [enunciado normativo] é o desconhecimento dos dispositivos legislados, ao passo que a ignorância da antijuridicidade [sentido da norma] é o desconhecimento de que a ação é contrária ao direito. Por ignorar a lei o autor pode desconhecer a classificação jurídica, a quantidade de pena, ou as condições de sua aplicabilidade, possuindo, contudo, representação da ilicitude do comportamento. Por ignorar a antijuridicidade lhe falta tal representação. As situações são, destarte, distintas, como distinto é o conhecimento da lei [enunciado normativo] e o conhecimento do injusto [sentido da norma].” (MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 20).

Esse conhecimento, mesmo que vulgar, é construído num ambiente comunicativo, onde as interações dos diversos sujeitos falantes (comunicação) cria, transforma e propaga a realidade, que, como dissemos, é linguística⁶¹². Contudo, a comunicação não é algo aleatório, que simplesmente ocorre, mas sim um fenômeno que demanda a convergência de diversos elementos.

Como se estudou no início deste trabalho, Roman Jakobson⁶¹³ descreve a comunicação e o processo através do qual o remetente envia uma mensagem ao destinatário. A partir dessa ideia de comunicação, a norma seria a mensagem, o sentido da própria comunicação, enquanto o enunciado normativo seria o código⁶¹⁴: a partir da existência de um código comum entre o emissor e o receptor (repertório comum dos signos que compõem o enunciado normativo), se constrói o sentido da comunicação, a mensagem (norma jurídica – sentido da prescrição).

O problema nodal da análise do discurso é a do código, da correlação entre o repertório linguístico do emissor e do receptor.

Partindo dessas premissas, e com fundamento na classificação apresentada por René Ariel Dotti⁶¹⁵, debruça-se os três níveis de conhecimento da norma e do enunciado normativo: conhecimento presumido, conhecimento potencial e conhecimento real.

3.3.1.1. Conhecimento presumido

A dogmática jurídica é fundada na presunção do conhecimento da lei. O enunciado da norma do art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro dispõe que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando seu desconhecimento. Enunciado este que é

⁶¹² Vide “Capítulo 1 – Pressupostos para uma teorética da hermenêutica linguística” da Primeira Parte.

⁶¹³ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. Trad. Izidoro Blinkenstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1969.

⁶¹⁴ ARAUJO, Clarice von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 45 e ss.

⁶¹⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 324 e ss.

certamente ambíguo, pois não deixa claro se o desconhecimento deve recair sobre o enunciado da lei ou sobre o enunciado da norma.⁶¹⁶

O desconhecimento diz respeito ao sentido da norma ou de sua vigência⁶¹⁷, e não ao seu enunciado⁶¹⁸, até mesmo porque, suas exceções, que não são poucas, como o erro de direito, no Direito Civil, e o erro de proibição, no Direito Penal, dizem respeito ao desconhecimento da norma, e não dos signos que compõem seu enunciado.

Atualmente, em razão da grande expansão do Direito (em geral, não só do Direito Penal), e da falta de sistematização do direito positivo, tal sorte de presunção tem perdido força, especialmente se considerarmos que é impossível, mesmo ao maior dos juristas, conhecer todas as normas em vigor⁶¹⁹.

Nesse contexto, as exceções à presunção de conhecimento tem ganhado cada vez mais força. No âmbito do Direito Civil, o atual ordenamento faz menção expressa ao erro de direito no art. 139, III, do Código Civil, contudo, a aplicação da norma é limitada ao âmbito dos negócios jurídicos, apenas nos casos em que o próprio negócio se fundamentou exclusivamente no erro.

O Código Penal, em sua redação original, dispunha que a ignorância ou a errada compreensão da lei não eximiam o agente de pena (art. 16), podendo, eventualmente, constituir circunstância atenuante, no caso de ignorância ou erro escusável (art. 48, III). Com a reforma de 1984, a presunção “perdeu o seu caráter absoluto”⁶²⁰, a partir da disposição de que o erro sobre a ilicitude do fato isenta o agente de pena (art. 21), quando inevitável, ou a diminui, quando evitável (art.21, *in fine*).

No próprio ordenamento existe outro dispositivo, aparentemente conflitante, já que o enunciado da norma do art. 65, II, do Código Penal dispõe que o “desconhecimento da

⁶¹⁶ Já se disse alhures que o enunciado da lei é a redação do dispositivo legal (v.g., matar alguém), enquanto o enunciado da norma é o produto da construção do sentido do enunciado legal (v.g., é proibido matar alguém).

⁶¹⁷ Certamente a noção de “desconhecimento” tem estreita relação com o conhecimento da vigência da norma, pois, se não, no âmbito do Direito Municipal, por exemplo, sempre se poderia alegar o desconhecimento.

⁶¹⁸ O erro que recai sobre os elementos constitutivos do tipo, isto é, sobre o enunciado do tipo, é denominado erro de tipo e é disciplinado em nosso ordenamento pelo art. 20 do Código Penal.

⁶¹⁹ No Direito Tributário, onde, muitas vezes, concorrem normas federais, estaduais e municipais, dispondo sobre hipóteses de incidência muito próximas ou, até mesmo, sobre um mesmo tributo, o fenômeno é bastante evidente. Aliás, nesse sentido, é o trabalho de Alfredo Augusto Becker: *Carnaval tributário*. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 1999.

⁶²⁰ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 324.

lei sempre atenuará a pena”. É muito difícil diferenciar a causa de diminuição do erro de proibição direto, porém, em uma análise sistemática, a única conclusão plausível é de que a causa de diminuição diga respeito à vigência da norma⁶²¹, e não propriamente à ilicitude da conduta⁶²².

3.3.1.1.1. Conhecimento presumido das normas técnicas e funcionais

Na sociedade atual, dita pós-moderna, as normas técnicas ganham cada vez mais relevância. Nossa confiança no correto funcionamento da sociedade e, conseqüentemente, da nossa própria segurança, é fundada nos chamados sistemas peritos, “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas do ambiente social e material que vivemos hoje”⁶²³.

Muito antes da formulação da ideia de sistemas peritos, Welzel, reformulando o conceito de consciência da ilicitude, lhe acrescentou um novo elemento: o dever de se informar⁶²⁴. Todos os membros da sociedade podem conhecer de forma vulgar o conteúdo da prescrição normativa, contudo, outros sujeitos, praticantes de profissões regulamentadas, devem conhecer as normas (técnicas) que regulamentam seu ofício.⁶²⁵

Tal conhecimento deveria recair tanto sobre o enunciado quanto sobre o sentido da norma, e existiria uma presunção de que tais sujeitos conheceriam as normas técnicas não podendo, então, incorrer em erro de proibição.

⁶²¹ É de se questionar se o agente que desconhece a “existência” da norma, ou a sua vigência, possa se determinar de maneira diversa. Porém, tal solução é a única que encontramos para evitar uma contradição no sistema.

⁶²² Nesse sentido: “Em que pese ser inescusável o desconhecimento da lei (art. 21, *caput*, CP), o erro de vigência (*ignoratio legis*) – sobretudo em razão do vasto número de diplomas legais existentes – conduz à atenuação da pena, por ser menor a magnitude da culpabilidade.” (PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 267).

⁶²³ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 35.

⁶²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 497.

⁶²⁵ Como bem destaca a doutrina, “são tantas as hipóteses de proibição no nosso país que, qualquer pessoa (até mesmo juízes e promotores) pode ignorá-las. Não há dúvida que também juiz ou promotor podem invocar o erro de proibição, em casos excepcionais. Há muitos deles que até hoje não sabem que fabricar açúcar em casa, sem autorização, é crime. Nesse caso, podem invocar o erro de proibição.” (GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 590).

Seria o caso, por exemplo, do contador que deveria conhecer todas as normas de Direito Tributário, inclusive as portarias, resoluções e instruções normativas do Fisco, que têm natureza de norma para aquele ramo do Direito.⁶²⁶ Contudo, a dinâmica da sociedade atual, que fundamenta a existência dos sistemas peritos e da presunção de conhecimento da norma, também faz com que as relações jurídicas se tornem cada vez mais complexas, tornando o conhecimento real cada vez mais escasso.

Além dos sistemas peritos, nos últimos anos vem se construindo uma ideia de presunção de conhecimento da norma pelos agentes públicos. Tal formulação encontraria respaldo nos certames (concursos), que inquiram o postulante ao cargo público sobre o conhecimento de determinadas normas de natureza constitucional, administrativa e, especialmente, com relação aos crimes de corrupção ativa e passiva.

Os editais demandam que o postulante estude (decore) o enunciado da lei penal, sem, contudo, fazer com que ele construa o sentido da norma (enunciado da norma penal). Assim, por mais que o sujeito conheça todos os signos que compõe o enunciado da lei, jamais poderá se determinar pelo seu sentido, porque o desconhece.

Assim, uma presunção “absoluta” de conhecimento do sentido da norma pelo “perito” ou pelo agente público só tem fundamento para o Direito Administrativo, não tendo grande relevância para a incidência do erro de proibição, que se fundamenta no conhecimento real, e não no presumido.

3.3.1.2. Conhecimento potencial

O conhecimento potencial, virtual ou hipotético é aquele que se dá quando o indivíduo reúne, em tese, plena capacidade para determinar sua conduta em razão da proibição normativa, pois possui a idade e as condições mentais necessárias para conhecer e compreender a mensagem transmitida pelo legislador, mas não o faz em razão de desvios

⁶²⁶ É de se notar que, recentemente, se divulgou na imprensa que um advogado de Minas Gerais compilou em uma obra todas as normas tributárias brasileiras promulgadas desde 1988, com a entrada em vigor da atual Constituição da República Federativa do Brasil, até dezembro de 2013. É de se notar que o “livro” tem mais de dois metros de altura e pesa quase sete toneladas.

éticos ou sociais⁶²⁷. É também uma presunção, já que a norma estabelece a partir de qual idade e quais as qualidades mentais tem de possuir (ou não) para determinar-se pelo sentido da norma; mas de caráter relativo, admitindo que se prove, através dos meios legais, a inconsciência da ilicitude.

Contudo, a regra é que o conhecimento hipotético deslinde em um conhecimento real, mesmo que mitigado, nos casos em que o agente poderia, nas circunstâncias em que se encontrava, ter alcançado a consciência da ilicitude do fato.

3.3.1.3. Conhecimento real

O conhecimento real da lei ocorre quando o destinatário da comunicação tem consciência da licitude ou ilicitude de sua conduta, isto é, compreendeu a mensagem transmitida. Como afirmamos, não seria possível linguisticamente se exigir o exato conhecimento de todos os signos que compõem a norma jurídica (enunciado normativo), mas apenas o sentido da construção da mensagem (que é a própria norma jurídica), que, no caso do Direito Penal, se consubstancia na proteção de determinados bens jurídicos.

Como o conhecimento recai sobre o discurso prescritivo da norma jurídica, e não sobre o discurso descritivo do enunciado normativo, o conhecimento não precisa ser científico, bastando o conhecimento “profano”⁶²⁸, vulgar (*doxa*).

Em muitos casos, o respeito ao sentido da construção normativa se deve ao sentido da comunicação (e do próprio conhecimento) que é construído dentro da comunidade linguística. É muito difícil cogitar que, no sistema linguístico-jurídico ocidental, alguém desconheça que a morte injustificada de outro ser humano não seja crime. Porém, a dinâmica da realidade demonstra que é possível, em casos excepcionais, que o indivíduo, mesmo inserto na comunidade falante, desconheça o sentido da prescrição normativa e, por isto, não possa determinar sua conduta de maneira diversa.

⁶²⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 324.

⁶²⁸ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 325.

3.3.2. O erro de proibição como fenômeno linguístico: erro, repertório linguístico e conflito linguístico

Se o erro sobre a ilicitude do fato, costumeiramente chamado de erro de proibição, é aquele que recai, justamente, sobre a ilicitude do fato, sobre a capacidade de compreensão do sentido da norma, que se faz a partir da construção do sentido enunciado da lei, que é a própria norma, seu estudo tem de, necessariamente, abordar o problema da experiência linguística.

Como se argumentou, as experiências comunicativas do indivíduo formam seu repertório linguístico, que é parcialmente comum ao repertório dos outros falantes de determinada língua. Contudo, em razão das limitações cognitivas do ser humano, ninguém consegue conhecer todos os signos de uma língua ou mesmo interpretar corretamente todas as proposições (enunciados) construídas a partir da junção sintática destes signos, fazendo que a identidade de repertório seja sempre parcial, mas nunca absoluta.

Muitas vezes o indivíduo não tem repertório suficiente para alcançar o sentido da prescrição normativa, simplesmente porque sua experiência comunicativa nunca lhe forneceu os signos e os enunciados necessários para tanto. É muito difícil se imaginar alguém que desconhece o sentido da prescrição contida no enunciado do art. 121 do Código Penal, pois a moral e a ética “profana” prescrevem que o homicídio é crime; porém, existem situações em que a prescrição normativa é muito diferente da prescrição moral, sendo tais casos muito mais sujeitos ao erro de proibição.

Como é sabido o direito não se confunde com a moral, na verdade, na correlação entre os dois sistemas prescritivos, a moral pode ser vista como condição (*Bedingung*) do direito ou como finalidade (*Ziel*) do direito⁶²⁹. A moral como condição do direito é aquela ideia “regular”, de que o Direito deve tutelar apenas as condutas mais graves ou que tenham maior interesse social, relegando as demais para a prescrição moral, devendo sempre existir um mínimo de moral no direito; já a moral como finalidade do direito, é aquela ideia distorcida, de que a norma jurídica deve ser utilizada para regular condutas imorais, mesmo sem grande importância social, como, por exemplo, a homossexualidade.

⁶²⁹ RÜTHERS, Bernd; *et alii*. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011. p. 250.

Nos casos em que o direito se confunde com a moral, é realmente muito difícil se falar em erro de proibição “direto”, porém, nos casos em que são tuteladas condutas apenas imorais, que não interferem nas relações sociais de terceiros ou no desenvolvimento da sociedade, o erro de proibição é bastante aceitável.

Além disso, existe uma terceira hipótese de correlação entre o direito e a moral: quando o direito incrimina condutas morais. Parece algo ilógico, mas existem diversos casos em que a prescrição normativa é absolutamente diferente da prescrição moral, como, por exemplo, nos casos de eutanásia praticada para minorar o sofrimento de um paciente terminal. Tal conduta, pelo menos na nossa sociedade, está em absoluta concordância com os preceitos morais vigentes, mas é considerada homicídio, ainda que praticado com relevante valor moral ou social.

Nesses casos, é muito mais dificultoso para o indivíduo alcançar o sentido da prescrição da norma, que, aliás, parece irracional diante daquilo que a sociedade prega. Em tais casos, além de eventual erro de proibição “direto”, poder-se-ia invocar o erro de permissão, pois poderia o sujeito considerar que sua conduta era lícita.

Como a discussão da influência da correlação entre direito e moral é bastante complexa e envolve uma investigação filosófica que demanda uma tomada de posição de caráter, digamos, não científico, tem-se procurado discutir a correlação entre a consciência do bem jurídico-penal e o erro de proibição.

Ivan Martins Motta⁶³⁰ considera que existe uma relação intrínseca entre o bem jurídico-penal tutelado pela norma e a possibilidade de ocorrência do erro de proibição. Para construir seu raciocínio, o autor divide os bens jurídicos em nucleares e especiais, também denominados de acessórios. Os bens nucleares são aqueles que dizem respeito à realização do ser humano e à sua convivência em sociedade, como, por exemplo, a vida, a saúde etc.⁶³¹; já os especiais ou acessórios são aqueles que, embora sejam hipoteticamente necessários para a vida humana moderna, não estão ligados diretamente ao indivíduo, mas

⁶³⁰ MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 103 e ss.

⁶³¹ MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 122.

sim à coletividade, e, mesmo quando ligados ao indivíduo, não dizem respeito ao seu bem-estar diretamente⁶³².

Segundo o autor, em razão dos efeitos da cultura, educação, religião, fenômenos, que para nós, constituem o repertório linguístico, os indivíduos teriam muito menos condições de conhecer o sentido da prescrição de normas que tutelam os bens jurídicos “especiais ou acessórios”, do que aquelas que tutelam bens jurídicos “nucleares”.

Realmente em razão do cabedal de normas penais, especialmente aquelas do “novo” Direito Penal, dito moderno, que tutelam um sem-número de bens jurídicos difusos, coletivos ou metaindividuais, parece impossível que se possa exigir de todos repertório linguístico suficiente para conhecê-los, até mesmo porque, em alguns casos, a prescrição normativa é irracional.

Podemos concluir, assim, que o repertório linguístico do indivíduo, formado através de suas experiências comunicativas (culturais, familiares, religiosas) influencia sua capacidade de compreensão do sentido da prescrição normativa, fazendo com que ele tenha uma maior ou menor capacidade de se determinar em conformidade com ela.

Além de influenciar a capacidade de compreensão do sentido da prescrição, o repertório pode ser fonte de conflito, o chamado conflito linguístico, que ocorre que existe uma dissociação entre o repertório do indivíduo e o repertório da sociedade a qual pertence ou da sociedade que tenta impor seu repertório a este indivíduo.⁶³³

Como dissemos na primeira parte deste trabalho, o conflito linguístico pode ocorrer tanto no plano político quanto no jurídico. No âmbito do Direito Penal, o conflito linguístico pode ser estudado através de três fenômenos: teoria da coculpabilidade; teoria dos crimes culturalmente condicionados; e na questão indígena.

3.3.2.1. Teoria da coculpabilidade

⁶³² MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 123.

⁶³³ Sobre o conflito linguístico, *vide* item “3.5. Conflito linguístico” da Primeira Parte.

Já se estudou em outro trabalho⁶³⁴, o tema que é um dos mais complexos no Direito Penal atual, onde classificamos o fenômeno em quatro espécies: coculpabilidade social⁶³⁵, coculpabilidade discriminatória⁶³⁶, coculpabilidade às avessas⁶³⁷ e coculpabilidade linguística.⁶³⁸

Aqui, trataremos brevemente sobre a coculpabilidade social e, em seguida, sobre a coculpabilidade linguística, que se assemelha ao erro de proibição.

Na doutrina nacional, Grégore Moura foi o primeiro a tratar especificamente sobre o tema, em sua obra *Do princípio da co-culpabilidade*, que lançou os primeiros olhares científicos sobre o tema. O autor define a coculpabilidade como a corresponsabilidade do Estado na prática de determinados crimes, praticados por cidadãos que, devido a circunstâncias econômicas e sociais, possuem um menor âmbito de autodeterminação, merecendo, por isso, menor reprovação social.⁶³⁹

Eugénio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli também definem a coculpabilidade (social) como a diminuição do âmbito de autodeterminação causada por fatores sociais, motivo pelo qual “não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade”⁶⁴⁰.

A coculpabilidade social para ter mesmo esse sentido determinista que é colocado pela doutrina, podendo-se defini-la como a menor reprovação da conduta do indivíduo que

⁶³⁴ SOUSA, Matheus Herren Falivene de. *Teorias da coculpabilidade*. (Monografia de graduação em Direito). Campinas: Pontifícia Universidade Católica de Campinas, 2009.

⁶³⁵ A coculpabilidade social é aquela que fundamente a corresponsabilização do Estado puramente em critérios sociais. Apesar de ser a primeira formulação da teoria, não é a mais adequada.

⁶³⁶ A coculpabilidade discriminatória é a responsabilização ou a responsabilização mais grave de determinados comportamentos, considerados próprios de determinados grupos sociais minoritários ou marginalizados.

⁶³⁷ A coculpabilidade às avessas é a punição mais branda das condutas de determinados grupos sociais, considerados relevantes para a sociedade, como, por exemplo, os empresários.

⁶³⁸ A coculpabilidade linguística, que, na primeira formulação de nossa obra denominamos de sociopsicológica, é aquela fundada em fatores linguísticos que influenciam o comportamento do indivíduo, como a família, a religião, a cultura, a economia política etc. Nessa medida, é uma evolução da teoria social da coculpabilidade, pois analisa o instituto sobre novas perspectivas, que vão muito além da questão meramente social.

⁶³⁹ “O princípio da coculpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.” (MOURA, Grégore. *Do princípio da co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006. p. 37).

⁶⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 525.

possui um menor âmbito de autodeterminação em face das condições sociais desfavoráveis ocasionados pelo Estado.

Não há, na jurisprudência, unanimidade sobre a aplicação do instituto, tanto com relação à sua validade quanto à sua forma de aplicação. Contudo, muitos julgados, nos últimos anos, se posicionam no sentido de que a coculpabilidade seria uma circunstância atenuante genérica, nos termos do enunciado da norma do artigo 65 do Código Penal.

3.3.2.1.1. A superação da teoria social da coculpabilidade pela teoria linguística

A teoria social da coculpabilidade é impregnada por um evidente caráter determinista. A condição social do sujeito, por si só, não pode ser suficiente para a responsabilização do Estado, ainda mais se pensarmos que, na verdade, ela muitas vezes em nada influencia no comportamento.

Assim, há de se superar a teoria social através da adoção da teoria linguística da coculpabilidade, que encontra fundamento nos diversos fatores linguísticos que influenciam o comportamento humano e que foram por nós tratados ao discorrermos sobre a mutação, a variação e o conflito linguístico.

Nessa medida, a teoria linguística da coculpabilidade se assemelha muito ao erro de proibição influenciado por fatores linguísticos. Na verdade, parece que o erro de proibição seria uma espécie de coculpabilidade, pois seria uma forma de responsabilização do Estado em razão da sua incapacidade de fazer o indivíduo compreender o caráter ilícito de sua conduta.⁶⁴¹

Além disso, a adoção da teoria da coculpabilidade nos permite aplicar ao instituto as determinações legais do erro de proibição, fazendo com que passe de uma mera causa genérica de diminuição de pena a uma verdadeira excludente da culpabilidade.

⁶⁴¹ Sem discorrer sobre a teoria de coculpabilidade, mas nesse sentido em várias passagens: LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

3.3.2.2. Teoria dos crimes “culturalmente condicionados”

Nos países em que existe uma determinada homogeneidade populacional e linguística, como os europeus, existe a crença de que é irracional vislumbrar o erro e a ignorância como fenômenos influenciados por fatores linguísticos, como a cultura, a religião etc.

Porém, os grandes fluxos migratórios ocorridos na segunda metade do Século XX fizeram com que, no seio da Europa, surgissem diversos conflitos linguísticos de caráter jurídico, como, por exemplo, a questão das mutilações femininas, da utilização de véus islâmicos etc. Esse fenômeno fez com que se desenvolvesse a chamada teoria dos crimes “culturalmente condicionados”.

A doutrina define o crime “culturalmente condicionado” como “aquele que faz referência a um comportamento realizado por um sujeito que pertença a um grupo social minoritário, que é considerado crime pelo ordenamento jurídico do grupo majoritário. Este mesmo comportamento, todavia, no interior do grupo cultural do sujeito é lícito, aceito como comportamento normal, ou aprovado, ou até mesmo, é encorajado ou imposto”.⁶⁴²

Contudo, numa perspectiva linguística, esses crimes são na verdade linguisticamente condicionados, pois é a língua que determina a cultura, não o contrário.

Apesar da noção teórica ter surgido no continente europeu, em países onde existem, historicamente, vários povos ou nações, como nos americanos, em que convivem povos de origem indígena, europeias, asiáticas etc., é mais perceptível a ocorrência do erro ou da ignorância linguisticamente condicionados: o indivíduo desconhece o sentido da norma porque seu repertório linguístico não permite que ele a conheça, ou porque determinam que atue de modo diverso⁶⁴³.

⁶⁴² BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il Diritto Penale nella società multiculturali*. Roma: Giuffrè, 2010.p. 42. (tradução livre).

⁶⁴³ Como afirma Laurence Chunga Hidalgo, “em uma sociedade – como a do Peru – onde coexistem distintas culturas, com seus respectivos sistemas de valores, é possível, fática e teoricamente, admitir que existam indivíduos que, não podendo conhecer a ilicitude de sua ação, não vislumbram a situação, porque determinado modo de agir é normal e permitido no interior de seu grupo social”. (*La situación jurídica del “culturalmente condicionado” frente al Derecho Penal*. Disponível em: www.unifr.ch/derechopenal. Acesso em 12 de dezembro de 2012. p. 6).

Um caso extremo e, normalmente citado como exemplo no estudo dos crimes “culturalmente condicionados”⁶⁴⁴, especialmente nos países andinos, é o do índio isolado (não aculturado ou não civilizado, apesar da ambiguidade dos termos). Porém, em razão da complexidade do tema, preferimos estudá-lo em um tópico próprio.

3.3.2.3. A questão indígena

Certamente não é o objetivo deste trabalho tratar de forma minudente a questão indígena que, a despeito de argumentos no sentido de que teria pouca aplicação prática, se mostra como uma das questões mais relevantes, ao menos para uma teoria mais apurada do Direito Penal. Assim, melhor discorrermos sobre a questão indígena em tópico próprio, desvinculando-a da teoria da coculpabilidade e da teoria dos crimes “culturalmente condicionados”, apesar de entendermos que, em tese, são fenômenos tão próximos que quase não se distinguem.

Em países como o Peru, várias populações indígenas ainda não contatadas (não civilizadas) têm comportamentos que seriam classificados como criminosos pela população civilizada, como o consumo de drogas ou, até mesmo, a violência manifestada através de homicídios perpetrados com extrema crueldade, como fica bem claro nos exemplos trazidos pela doutrina nacional⁶⁴⁵ e estrangeira⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Na verdade, como já dissemos, o crime não é “culturalmente condicionado”, mas linguisticamente condicionado, porque é a linguagem que determina a cultura, e não o contrário.

⁶⁴⁵ João Bernardino Gonzaga anota que seria comum o incesto nas tribos que habitavam o Brasil, prática que era absolutamente abominada pelos colonizadores. (GONZAGA, João Bernardino. *O Direito Penal indígena. À época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, s/d.p. 147 e ss.).

⁶⁴⁶ “A administração Técnica Florestal e de Fauna Silvestre Tambopata do INRENA informou sobre a morte de duas pessoas, ao que parece madeireiros ilegais, que foram brutalmente assassinados pelos nativos da Zona de Reserva dos *No Contactados*, localizada no rio *Las Piedras*, uma zona contígua ao Parque Nacional de Manu, no departamento de *Madre de Dios*. Segundo informações de uma rádio um grupo de madeireiros ilegais fora atacado por nativos isolados quando transportavam madeira em uma estrada na Zona de Reserva (...). As vítimas foram degoladas e descaracterizadas pelos indígenas que intentavam defender suas terras dos madeireiros (...). Como é sabido, existem grupos de nativos que não têm contato com a cultura ocidental ou seus níveis de interação são mínimos, nestes casos, o Governo do Peru, criou zona de reserva para assegurar a sobrevivência destas populações.” (MEINI, Iván. *Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal*. In: *Derecho PUC*. Lima: Fundo Editorial, 2007. p. 17).

Porém, seria inadmissível que os silvícolas⁶⁴⁷ fossem punidos pela prática dos homicídios quando, para eles, para sua linguagem, sua cultura, suas crenças, é legítimo matar aqueles que invadem suas terras para usurpar suas propriedades (seus recursos naturais, se é que podemos chamá-los assim).⁶⁴⁸ Seria impossível exigir que os índios isolados conhecessem o sentido da norma penal, ou mesmo a existência da civilização, na verdade, o que se quer é o contrário: que mantenham a maior distância da civilização, dos seus costumes, de suas leis, preservando assim, a rica cultura indígena.

O enunciado da norma do art. 15 do Código Penal Peruano dispõe que aquele que em razão da sua cultura ou costumes comete um crime, sem poder compreender o caráter delituoso da sua conduta, está isento de pena, ou quando sua compreensão for diminuída, sua pena será atenuada⁶⁴⁹.

Esse artigo nada mais é do que a manifestação do sentimento de heterogeneidade cultural daquele país, consagrado em sua exposição de motivos, em que se lê: “em reconhecimento a heterogeneidade cultural dos habitantes de nosso país”⁶⁵⁰. A doutrina peruana denomina essa causa excludente da punibilidade pela diversidade cultural de “erro de proibição culturalmente condicionado”⁶⁵¹.

O erro é a falsa apreensão da realidade, “quem erra vê mal”⁶⁵², mas no caso, o indígena que mata o invasor de suas terras não atua porque compreendeu falsamente a

⁶⁴⁷ O termo “silvícola” é utilizado apenas em seu sentido léxico, como “quem ou que nasce ou vive na selva” (HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1745); e não com o sentido de “selvagem”, expressão “que não tem respaldo científico, fruto da ideologia predominante no ‘Século das Luzes’, em que a denominação ‘bom selvagem’ e ‘mal selvagem’ correspondem aos distintos estereótipos que a civilização europeia impôs aos americanos. (...) ‘Bom selvagem’ é o dócil, o receptivo ao que se pretende impor; ao contrário, ‘mal selvagem’ é o rebelde, o cruel, o pagão”. (VITOR, Enrique García. *Culturas diversas y sistema penal*. Disponível em: www.unifr.ch/derechopenal. Acesso em 12 de dezembro de 2012. p. 12).

⁶⁴⁸ Nesse sentido é a lição de Janaina Conceição Paschoal, para quem, “deve-se avaliar, no caso concreto, se o índio tinha consciência da ilicitude de seu ato, considerando-se os valores inerentes a sua própria cultura”. (PASCHOAL, Janaina Conceição. O índio, a inimizabilidade e o preconceito. In: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). *Direito Penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 90.

⁶⁴⁹ Art. 15. Aquele que por sua cultura ou costumes comete um crime punível sem poder compreender o caráter delituoso de seu ato ou determinar-se de acordo com essa compreensão, será eximido de responsabilidade. Quando por igual razão, essa possibilidade for diminuída, atenuar-se-á a pena. (PERU, República do. *Código Penal*).

⁶⁵⁰ MEINI, Iván. *Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal*. In: Derecho PUC. Lima: Fundo Editorial, 2007. p. 22.

⁶⁵¹ Vide as ponderações de: MEINI, Iván. *Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal*. In: *Derecho PUC*. Lima: Fundo Editorial, 2007; e POZO, José Hurtado. *Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?* Disponível em: www.unifr.ch/derechopenal. Acesso em 12 de dezembro de 2012.

⁶⁵² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal v. 1*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 399.

realidade, não atua porque enxergou mal, atua porque ignora, desconhece a realidade: não é possível que o índio não contatado conheça a existência da civilização que o cerca e, muito menos, que possua repertório linguístico suficiente para compreender os valores por ela pregados, que muitas vezes diferem frontalmente dos seus (a ponto de considerar alguns deles como crimes).

Hurtado Pozo, em um posicionamento radical, afirma que não é possível uma solução única para o problema e critica duramente o disposto no artigo 15 do Código Penal peruano, afirmando que deveria, quando não houvesse repercussão social fora da “tribo”, ser aplicado apenas o “direito”⁶⁵³ consuetudinário indígena⁶⁵⁴.

A questão é bastante complexa, e não pode ser discutida com grande profundidade neste trabalho, pois existem indagações menos radicais, mas igualmente relevantes, como a do estrangeiro que se encontra em local onde o sentido de proteção da norma penal difere, ainda que minimamente, do seu país de origem.⁶⁵⁵

Certamente que o estrangeiro, mesmo que guarde uma tábua de valores semelhante aos dos cidadãos do país que o acolhe, não possui repertório linguístico suficiente para compreender o sentido de todas as normas penais daquele local. Em razão disso, a doutrina⁶⁵⁶ elaborou uma série de critérios que procuram mensurar o desconhecimento da

⁶⁵³ Segundo John Glissen, o Direito dos “povos primitivos”, no qual se incluem os índios, possuem as seguintes características: a) não escritos; b) numerosos; c) diversificados; d) impregnados pela religião; e) decorrentes do nascimento. (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 35 e ss.).

⁶⁵⁴ “Para finalizar este trabalho, sublinharemos, uma vez mais, que olhando o problema em uma perspectiva ampla, temos que admitir que, pela sua complexidade, requer uma pluralidade de respostas para considerar seus diferentes aspectos. Respostas que devem ir desde a não intervenção quando o fato penalmente relevante ocorre no interior de uma sociedade isolada e não tem repercussões no resto da sociedade, até a aplicação das eximentes e atenuantes previstas na lei penal, levando-se em conta os fatores culturais que condicionaram o comportamento do agente. Neste caso, deve ter um papel relevante a categoria de erro sobre o caráter ilícito do fato. De modo que é supérfluo prever uma regra tal como prevê o artigo 15. (...). Nesta perspectiva, toda a elaboração, interpretação e aplicação de normas legais deve ser feita respeitando-se a pluralidade e igualdade das diferentes culturas, única maneira de fazer com que se prevaleça a dignidade das pessoas e os direitos humanos.” (POZO, José Hurtado. *Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?* Disponível em: www.unifr.ch/derechopenal. Acesso em 12 de dezembro de 2012. p. 12).

⁶⁵⁵ “Exemplo: o holandês que foi preso no aeroporto de Guarulhos portando maconha para uso próprio, na crença de que o fato fosse lícito (também no Brasil), achava-se em erro de proibição. Quem pratica a conduta (de boa-fé) supondo ser lícita, quando, na verdade, é ilícita, atua em erro de proibição”. (GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 590).

⁶⁵⁶ BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il Diritto Penale nella società multiculturali*. Roma: Giuffrè, 2010. p. 391 e ss.

norma, tal como a natureza “natural” ou “artificial” do crime⁶⁵⁷, a heterogeneidade das culturas em conflito, tempo de permanência e a existência no país de origem de norma com conteúdo análogo.

O conflito entre os repertórios é muito menos evidente do que no caso dos indígenas, mas em razão da proliferação de normas penais incriminadoras não é difícil pensar no exemplo de um turista que desconheça que, no Brasil, é incriminado o porte de substância entorpecente para consumo pessoal, ou mesmo que é incriminado o nudismo, salvo se praticado em local especialmente destinado para tal fim. Aliás, neste último caso, em razão da percepção que se tem de nosso país (em razão do carnaval etc.), a determinação do turista não possa ser outra a não ser a de considerar que o nudismo é plenamente admitido.

3.3.3. “Dúvida” de proibição

O trabalho de Alaor Leite, *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*⁶⁵⁸, lançou um novo olhar sobre o tema, antes ignorado pela doutrina brasileira. O autor afirma, na conclusão de sua obra, que “a dúvida sobre a proibição é um legítimo caso de erro de proibição”.⁶⁵⁹

Como se discorreu na primeira parte deste trabalho, filosoficamente, erro e dúvida não se confundem. Apesar de serem estados positivos, diferentemente do que ocorre no erro, quando há apenas uma realidade construída pelo intérprete, na dúvida são construídas diversas representações da realidade, sendo ao menos uma delas verdadeira e, as demais, falsas.

A dúvida submete-se à lógica difusa, admitindo diversas gradações entre o “verdadeiro” e o “errado”, como o “quase verdadeiro” ou o “quase errado”. Nessa medida, a dúvida pode gerar, no indivíduo, a hesitação e, eventualmente, o erro.

⁶⁵⁷ Nesse contexto, cabe referência ao trabalho de Augusto Silva Dias: “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

⁶⁵⁸ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁶⁵⁹ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 179.

Apesar da profícua investigação filosófica sobre o tema, interessa-nos discutir quais são as consequências dogmáticas da dúvida no Direito Penal.

3.3.3.1. Dúvida e dever de informação: a dinâmica comunicativa da informação e sua influência na dúvida e no erro

No debate sobre a influência da dúvida no Direito Penal, coloca-se com grande relevância a questão do dever de informação. Se a dúvida é um estado positivo onde o indivíduo constrói diversas representações da realidade que, ainda que não contraditórias, trazem consequências diferentes, teria ele, ao menos em tese, o dever de se informar como meio de evitar a prática de uma conduta criminosa.

Pode se construir um argumento simplista no sentido de que, havendo dúvida, deveria o agente se informar, de forma a dissipá-la, sob pena, de não o fazendo, não poder alegar, em nenhuma hipótese, a ocorrência do erro de proibição.

Contudo, a solução não é tão simples. Como a informação é um ato de comunicação, existem diversos fatores que a influenciam como o repertório linguístico e os elementos dêiticos.

Uma das primeiras questões que se coloca ao estudarmos o dever de informação diz respeito à idoneidade do sujeito que presta a informação. O termo idoneidade é empregado, aqui, não no sentido de idoneidade moral, mas sim de idoneidade técnica ou científica, isto é, da existência de um indivíduo com um repertório linguístico capaz de sanar a dúvida que lhe é apresentada.

Hipoteticamente, aquele que duvida deveria buscar auxílio de um especialista no assunto sobre o qual recai sua indagação, pois, ao menos em tese, a informação que lhe será prestada por este profissional será correta. Contudo, existem áreas do conhecimento em que não existe uma “resposta certa”, ou melhor, uma resposta efetivamente certa, como ocorre no Direito ou na Economia, por exemplo.

Nas ciências duras, mesmo que exista uma pluralidade de caminhos para resolver a dúvida, haverá uma resposta certa; contudo, nas ciências ditas humanas, especialmente

aquelas que sofrem forte influência da hermenêutica, como é o caso do Direito, não será possível se chegar a uma resposta certa, ou ao menos que seja unanimemente considerada como certa. Nesses campos do conhecimento humano é apenas possível se chegar a uma solução verossímil.

A solução verossímil é aquela que apresenta um bom fundamento jurídico e hermenêutico, isto é, que encontra seu fundamento no direito (positivo) e na interpretação jurídica. Mesmo que se possa eventualmente discordar da solução apresentada, ela não poderá ser considerada inválida, isto é, como um meio que deve ser desconsiderado, conduzindo o indivíduo à prática “incontestável” de uma conduta criminosa.

Esse tema é muito recorrente quando se discute a idoneidade dos pareceres elaborados por advogados, especialmente nos casos de dispensa de licitação, onde se argui, em muitos casos, que são fundamentados em interpretações erradas ou elaborados por indivíduos que não seriam “especialistas” na área. Os dois argumentos se mostram pouco sustentáveis do ponto de vista da hermenêutica linguístico-estruturante.

Mesmo ao se adotar uma boa teoria da interpretação, a essência do Direito, assim como da pesquisa científica, ainda reside na dialética, no confronto de ideias e posições. Assim, não se pode afirmar que determinada interpretação é errada, ou é melhor ou pior do que outra, simplesmente por discordar de seus fundamentos ou de suas conclusões; a única forma de se poder afirmar que determinada interpretação é errada é através da demonstração que ela se fundamentou em critérios hermenêuticos equivocados (ou, em hipóteses mais absurdas, fundada equivocadamente numa legislação que não esteja mais em vigor ou numa norma pertencente a outro ordenamento, quando, logicamente, não se tratar de uma hipótese de estudo de Direito Comparado).

Uma outra questão, que é muito relevante nos dias atuais, é da “autoinformação”⁶⁶⁰, isto é, o fato de determinados indivíduos se utilizarem da *internet* ou da consulta leiga (não profissional) e, conseqüentemente não hermenêutica, de legislações, livros de doutrina ou da jurisprudência, como meio de obterem informações e sanarem sua dúvida. Esse fenômeno tornou-se muito comum com a difusão dos *sites* de busca que, com um simples toque de botões, apresenta ao indivíduo uma série de soluções jurídicas.

⁶⁶⁰ Aqui utilizamos um neologismo, através da aglutinação do sufixo *auto* e do signo *informação*, assim como o difundido “automedicação”.

Se a consulta avulsa das fontes do direito é algo grave que, ao dissipar a dúvida pode, na verdade, conduzir ao erro, as consultas através da *internet* se mostram ainda mais graves. A rede mundial aceita praticamente qualquer conteúdo, bastando ter um meio virtual para suportá-lo; assim, qualquer indivíduo pode publicar uma grande variedade de informação jurídica, sem que haja, necessariamente, um mínimo de qualidade.

Além disso, os resultados desses sistemas de busca são ordenados por fatores como a existência de anúncios, o número de acessos, a data de publicação etc., fazendo com que a informação hermeneuticamente mais balizada não seja, muitas vezes, aquela que é primeiramente disponibilizada.

Um indivíduo que, na data de 13 de maio de 2014, fizesse uma busca na rede mundial de computadores sobre a licitude da importação de sementes de maconha, a despeito da enorme discussão doutrinária a respeito, encontraria um sem-número de *sites* e *blogs* dando repercussão ao fato de que, no final do ano de 2013, uma das câmaras criminais do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, reconheceu que constitui conduta atípica a importação de sementes de maconha.

Nessa hipótese, aquele que, após obter tais informações, importasse o germen atuaria em erro de proibição, sendo apenas discutível se incorreria na modalidade absoluta ou relativa.

3.3.3.2. A equiparação da dúvida ao erro no Direito Penal

Apesar da diferença filosófica entre dúvida e erro, para fins penais, os dois fenômenos devem ser tratados de maneira equivalente, através da aplicação das disposições do erro de proibição.⁶⁶¹ Além desta solução não encontrar óbice dogmático, ao menos não no Direito Penal brasileiro, mostra-se mais adequada pois, conforme demonstramos, existem hipóteses em que a dúvida é capaz de determinar o comportamento do agente, fazendo com que ele atue de uma ou outra forma.

⁶⁶¹ No mesmo sentido é a lição de Alaor Leite: *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 121 e ss.

Sendo assim, caso o agente em dúvida, realize todas as condutas necessárias para dissipá-la, e mesmo assim não consiga dissipá-la, atuará em erro de proibição invencível. Da mesma forma, mesmo quando o agente que duvida não realizar tudo o necessário para dissipar seus questionamentos, atuará em erro de proibição, porém, desta vez, na forma vencível.

3.3.4. Erro de proibição e *ignoratio legis*

Quando se tratou do conhecimento presumido da norma e do enunciado normativo, afirmou-se que a *ignoratio legis* não se confunde com o erro de proibição. Mesmo que o erro de proibição muitas vezes se consubstancie numa “ignorância de proibição”, já que a norma equipara o erro e a ignorância, ele sempre recai sobre o sentido da prescrição normativa, sobre a construção do sentido que o intérprete faz a partir do enunciado da norma ou do senso comum que sobre ela recai, e não sobre a vigência da norma, que é a *ignoratio legis*⁶⁶².

Contudo, isso não significa que a ignorância da vigência não influencie o erro de proibição. A construção do sentido da prescrição normativa é um fenômeno linguístico, fundando nas experiências comunicacionais do indivíduo (repertório linguístico) que, inevitavelmente, é influenciado pelo desconhecimento da lei incriminadora.

Não significa que quem desconheça a vigência da norma necessariamente também desconheça seu sentido, pois o sujeito pode ignorar a vigência da norma, achando que ela ainda se encontra em *vacatio legis*, mas conhecendo a prescrição. Porém, como existem diversos diplomas normativos criminais orbitando nosso ordenamento, o desconhecimento da vigência da lei influencia o desconhecimento da prescrição.

⁶⁶² “A *ignorantia legis* é matéria de aplicação da lei, que, por ficção jurídica, se presume conhecida por todos, enquanto o erro de proibição é matéria de culpabilidade, num aspecto inteiramente diverso. Não se trata de derrogar ou não os efeitos da lei, em função de alguém conhecê-la ou desconhecer-la. A incidência é exatamente esta: a relação que existe entre a lei em abstrato, e o conhecimento que alguém possa ter de que seu comportamento esteja contrariando a norma legal. É exatamente nessa relação – de um lado a norma, em abstrato, plenamente eficaz e válida para todos, e, de outro lado, o comportamento em concreto e individualizado – que se estabelecerá ou não a consciência da ilicitude, que é matéria de culpabilidade, e nada tem que ver com os princípios que informar a estabilidade do ordenamento jurídico.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo & erro de proibição: uma análise comparativa*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84).

Se o sujeito ignora a existência de um diploma normativo que incrimina a conduta daquele que executa o Hino Nacional em desacordo com as disposições ali contidas comete contravenção, conforme o disposto no art. 35 da Lei n.º 5.700/1971, jamais poderia construir o sentido de prescrição da norma, que é a proteção da “integridade musical” deste símbolo nacional⁶⁶³. Muitos cantores e intérpretes já incorreram nessa norma, sem contudo, serem processados, talvez porque ela realmente não tenha relevância ou, até mesmo porque os membros do Ministério Público a desconheçam.

Assim, apesar da diferença conceitual, não há como se falar que a ignorância da vigência da norma não influencie o conhecimento potencial do sentido da incriminação.

3.3.5. Modalidades de erro de proibição

A norma jurídica, em sentido estrito, é a relação de implicação entre uma proposição antecedente e uma conseqüente, modalizada pelo functor deôntico (dever-ser). O functor deôntico, que é, na verdade um functor-de-functor, pois modaliza o functor já presente na relação (de “é”, para “se...então”), triparte-se em três relacionais: obrigatório (O), proibido (V) e permitido (P)⁶⁶⁴.

É a lei do terceiro excluído, uma formulação lógica, que implica na abnegação de qualquer outro modal da relação que não seja obrigatório, proibido ou permitido⁶⁶⁵. No Direito Penal, a regra é a conduta proibida (V), apesar de também existirem modelos de condutas permitidas (V), como nas causas de justificação, e de condutas obrigatórias (O), como nos delitos omissivos próprios ou impróprios, mesmo que a obrigação não decorra da lei penal.

⁶⁶³ No caso, a Lei de Contravenções Penais traz disposição expressa sobre o erro de direito em seu art. 8º. Porém, como bem assevera a doutrina, sendo a doutrina anterior à distinção entre erro de proibição e erro de tipo, sua interpretação deve ser “equalizada” para se amoldar a estes institutos. Nesse sentido é a lição de NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas – vol. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 115).

⁶⁶⁴ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 42.

⁶⁶⁵ SCHNEIDER, Egon. *Logik für Juristen*. Berlim: Franz Vahlen, 1965. p. 100 e ss.

Apesar das diversas classificações⁶⁶⁶ e denominações adotadas pela doutrina⁶⁶⁷, a denominação “erro de proibição”, apesar de corrente, não é semanticamente muito correta, pois “erro de proibição” é espécie do gênero “erro sobre a ilicitude do fato”, que ainda comporta duas outras espécies: “erro de obrigação” e “erro de permissão”. Sendo assim, o gênero “erro sobre a ilicitude do fato” deve ser classificado em três espécies: erro de proibição, erro de obrigação e erro de permissão.

3.3.5.1. Erro de proibição direito

No erro de proibição direito, o agente se engana “a respeito da norma proibitiva”⁶⁶⁸. Como já discorrermos, o erro não recai sobre a existência ou vigência da norma, nem sobre seu enunciado, mas sim sobre seu sentido, sobre o sentido da prescrição. Tal sentido é construído através da atribuição de sentido, pelo intérprete, ao enunciado da lei, seja de forma direta, numa interpretação propriamente científica, seja de forma indireta, através da comunicação “vulgar” entre os sujeitos falantes da sociedade.

É típico dos crimes comissivos, crimes de ação, porque o agente desconhece a norma ou a interpreta mal. Além disso, o erro de proibição direto pode ocorrer indiferentemente em crimes dolosos ou culposos, já que a construção do enunciado da norma não faz tal distinção. O erro que recai sobre o crime culposos pode, inclusive, ser evitável, pois pode o agente desconhecer os limites ou a própria existência do dever de cuidado a todos imposto.

Num estudo correlato ao do sentido da prescrição normativa (ou do bem jurídico, como faz Ivan Martins Motta⁶⁶⁹), se observa que o erro de proibição direto tem maior prevalência nos crimes “especiais ou periféricos”, onde a prescrição jurídica tem pouca ou mesmo nenhuma relação com a prescrição moral, ou, numa hipótese extremada, quando a

⁶⁶⁶ Exclui-se da classificação da ideia de erro vencível/invencível ou evitável/inevitável por questões metodológicas e, porque esta classificação tem um caráter muito mais pragmático (de resolver problemas no caso concreto), do que propriamente científico.

⁶⁶⁷ Parte da doutrina em que é classificado o erro de proibição como direto ou indireto (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro – vol. 1*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 403 e ss), outros como direito, de permissão e mandamental (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 514 e ss.).

⁶⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 515.

⁶⁶⁹ MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

norma tutela uma conduta moral⁶⁷⁰. Nessas situações, o repertório linguístico do agente não seria suficiente para a construção do sentido da norma, tornando mais difícil a potencial consciência da ilicitude e a determinação da conduta por ela.

3.3.5.2. Erro de obrigação

O erro de obrigação, costumeiramente denominado pela doutrina de erro de mandamento ou erro mandamental, é aquele que recai sobre a obrigação implícita nos tipos omissivos, próprios ou impróprios. O Direito Penal não tutela as relações obrigacionais em si, que são de natureza civil ou administrativa, mas a construção do sentido da norma a partir do enunciado do tipo penal tem como elemento necessário a existência e a violação desta obrigação.

A doutrina costuma confundir o erro de obrigação com o erro de tipo, porém há diferenças. No erro de tipo, o agente erra, evidentemente, sobre um elemento que compõe o enunciado do tipo, como, por exemplo, a existência de risco pessoal. Já no erro de obrigação, o agente erra ou desconhece a existência da obrigação ou os seus limites. Mesmo consciente da situação de perigo e da ausência de risco pessoal, o agente se omite porque não vislumbra a existência da relação obrigacional para com a vítima, ou porque, não tendo ele concorrido ou dado causa ao perigo, porque não esteja obrigado etc.

Trabalhando com erro de obrigação (mandamental) no crime omissivo impróprio, Cezar Roberto Bitencourt⁶⁷¹ traz o elucidativo exemplo do plantonista que, acreditando que após o horário do seu expediente, não tenha mais a obrigação jurídica de evitar o resultado, deixa os fatos se desenrolarem sem agir.

Nesse caso o agente não incorrer em erro sobre nenhum dos elementos constitutivos do enunciado do tipo, mas sim sobre os limites da sua obrigação, incorrendo, então, em erro de obrigação, espécie de erro de proibição, disciplinado pelo art. 21 do Código Penal.

⁶⁷⁰ De certa forma, nesse sentido: MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 137.

⁶⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 515.

Uma questão interessante é a possibilidade do erro de obrigação em face do sistema perito. É sabido que na sociedade moderna muitas atividades, inclusive não profissionais, exigem um determinado conhecimento técnico ou científico para serem realizadas, como, por exemplo, a direção de veículo automotor. Muito além, existem profissões que são absolutamente regulamentadas, dando pouca margem de atuação aos profissionais, que ficam adstritos às obrigações legais.

As normas profissionais determinam como o profissional deve agir, predominando a ideia do conhecimento presumido do seu sentido e do seu enunciado, conforme já discurremos. Porém, uma presunção desse nível talvez se coadune com o Direito Administrativo, mas não com o Direito Penal.

Se o Direito Penal tem como fundamento e como limite a culpabilidade do agente, e se na atualidade, mesmo aos melhores profissionais seja impossível o conhecimento de todas as normas que regulamentam sua profissão, tal presunção só pode ser relativa, não sendo óbice à eventual configuração do erro de obrigação.

3.3.5.3. Erro de permissão

O erro de proibição indireto foi denominado por Jescheck⁶⁷² como erro de permissão porque o agente, no caso concreto, desconhece a ilicitude do fato em razão da suposição da existência de uma causa de justificação (permissão)⁶⁷³. É a modalidade mais controvertida de erro sobre a ilicitude do fato, pois, conforme se adote a teoria extremada ou limitada da culpabilidade, as consequências serão distintas.

Adotando-se a teoria extremada da culpabilidade, o erro sobre as discriminantes será sempre considerado erro sobre a ilicitude do fato, pouco importando se ele recaía sobre os pressupostos fáticos da justificação ou sobre sua existência e seus limites. Já para a teoria limitada, quando o erro recair sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação, estaremos diante de um caso de erro de tipo permissivo; e quando recaírem

⁶⁷² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed. Trad. José Luiz Mazanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 632.

⁶⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 516.

sobre o limite ou sobre a existência da norma permissiva, será erro de permissão (erro de proibição indireto).

O Código Penal adotou expressamente a teoria limitada, ao dispor no §1º do art. 20 sobre o erro de tipo permissivo. Contudo, ainda subsiste o erro de permissão quando o agente erra sobre a existência ou sobre os limites da causa de justificação.

No caso de erro de permissão, apesar da absoluta consciência da situação fática e do bem jurídico colocado em risco, o agente acredita que sua conduta é justificada pela norma penal, como no exemplo do homicídio piedoso, praticado contra paciente em estado terminal, ou do agente público que mesmo diante da ilegalidade da ordem, julga-se no dever legal de cumpri-la⁶⁷⁴.

O erro de permissão tem maior incidência nos crimes que ofendem bens jurídicos “nucleares”, essenciais para o desenvolvimento do homem e muito próximos da prescrição moral, como a vida e a integridade corporal, por exemplo⁶⁷⁵. Nem poderia ser diferente, já que esses crimes que estão sujeitos a maior incidência das causas de justificação. Contudo, não é logicamente impossível que ocorram nos crimes que ofendem bens jurídicos difusos, coletivos ou metaindividuais, apesar de a prática demonstrar uma incidência ínfima.

⁶⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro – vol. 1*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 405.

⁶⁷⁵ MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 153.

CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como o estudo se desenvolveu de forma bastante longa e detalhada, optamos por, antes de elaborar as conclusões, traçar algumas considerações finais, levantando os principais tópicos discutidos em cada parte do trabalho. Para tanto, manteremos a divisão apresentada no desenvolvimento, extraíndo conclusões próprias para cada uma das partes.⁶⁷⁶

Com relação à *hermenêutica linguístico-estruturante* (primeira parte), tem-se as seguintes considerações finais:

1.1. Todo conhecimento é linguístico. Todas as ciências têm como objeto a linguagem, não sendo diferente com o Direito.

1.2. O conhecimento ocorre na medida em que os indivíduos relacionam-se, comunicam-se (intersubjetividade). Cada nova comunicação, seja de qual natureza for (formal ou informal), expande o repertório do indivíduo, que é o conjunto de todo o seu conhecimento.

1.3. A partir da constatação de que o Direito é linguagem, pode-se aplicar todos os postulados da Linguística e da Filosofia da Linguagem ao seu estudo. A partir disto, decorre que não se pode mais confundir texto da lei (enunciado da lei) com a norma jurídica (enunciado normativo). A norma jurídica é o produto da atribuição de sentido ao enunciado legal, sendo essencialmente um ato comunicacional.

1.4. A partir do estudo da teoria dos signos, pode-se aplicar ao Direito o estudo dos fenômenos da denotação e da conotação e também das interações sýgnicas hipotéticas.

⁶⁷⁶ Na numeração das considerações finais, o primeiro algarismo indica a parte do trabalho da qual foi extraída a afirmação e, o segundo, a sequência em que a afirmação aparece dentro da parte, sem, contudo, dizer respeito a cada um dos diversos capítulos de cada uma das partes.

1.5. Através do estudo da teoria da comunicação e dos sistemas de linguagem, pode-se estudar o Direito como um fenômeno comunicacional. Sendo o Direito um ato de comunicação, de transmissão de uma mensagem, tem-se que o legislador é o emissor da mensagem, o cidadão/juiz é o receptor, o Diário Oficial é o canal, o enunciado legal (tipo penal) é o código, e a norma jurídica (norma penal) é a mensagem em si.

1.6. Estudando-se os fenômenos da mutação, da variação e do conflito linguístico pode-se estudar com precisão a “mutação legal”, isto é, a alteração do sentido da norma sem que haja alteração legislativa, e a influência de fatores regionais e “sociais” (que são, na verdade, linguísticos) como a religião e economia no desenvolvimento do repertório dos indivíduos e, conseqüentemente, da sua capacidade de se determinar conforme a norma, fator que pode ser determinante no erro de proibição, por exemplo.

1.7. Assim como o pensamento humano, a interpretação jurídica não é um ato rigorosamente metódico. Contudo, o estudo da semiótica mostra-se relevante para o estudo dos instrumentos que cada um dos seus elementos (sintaxe, semântica e pragmática) pode ofertar.

1.8. A partir do estudo da sintaxe, conclui-se que a norma jurídica possui uma estrutura homogênea, isto é, todas as normas jurídicas possuem a mesma estrutura lógica, ainda que seus elementos possam ser alterados e, ainda, permite a construção da chamada árvore de análise sintática, de extrema relevância para o estudo da lei penal em branco. Já com relação à semântica, conclui-se que, apesar de sintaticamente estático, o Direito é semanticamente dinâmico já que os signos que compõem o enunciado legislativo, assim como qualquer outro signo, são polissêmicos. Por fim, com relação à pragmática, conclui-se que é um instituto de suma importância para o estudo do Direito ao permitir a aplicação dos elementos dêiticos à hermenêutica jurídica.

1.9. A língua é a própria realidade. A realidade não é objetiva nem subjetiva, mas linguística (intersubjetiva). Além disso, a realidade é propagada e transformada pela língua. Conforme o indivíduo comunica-se e adquire novos conhecimentos, seu repertório linguístico é aumentado, modificando sua realidade.

1.10. A ignorância, o erro e a dúvida são fenômenos linguísticos. A ignorância é um estado negativo de consciência, pois quem ignora desconhece. Já o erro é um estado positivo, uma construção equivocada da realidade. Por fim, a dúvida é a existência de uma

pluralidade de representações da realidade, que geram no indivíduo uma hesitação ou, em alguns casos, a incapacidade de construir os contornos da realidade.

1.11. O estudo filosófico da relação entre língua e realidade e de todas as suas decorrências (a ignorância, o erro e a dúvida) são extremamente relevantes para o Direito Penal, podendo influenciar as consequências dogmáticas do erro de tipo e do erro de proibição.

Com relação ao *tipo* e à *tipicidade penal* (segunda parte), tem-se as seguintes considerações finais:

2.1. Apesar de o conhecimento humano não ser propriamente metódico, ele ocorre através de associações, de modelos linguísticos. Os modelos são associações não arbitrárias entre signos, entre enunciados ou entre ambos, e podem se constituir em modelos-tipo e modelos-conceito.

2.2. Nos modelos-tipo, os signos ou enunciados são ordenados de maneira flexível, numa cadeia de associações construída com fundamento numa série de atributos considerados relevantes, mas não necessários, num determinado contexto comunicativo. Este conjunto de características sobre a qual é construído o modelo-tipo é denominado “protótipo”.

2.3. Os modelos-tipo se submetem à lógica difusa, que admite a existência de uma gradação de valores entre os dois modais absolutos (verdadeiro/falso). Isso faz com que, com relação a estes modelos linguísticos, não se possa falar em inclusão de classe, mas apenas numa gradação que pode se aproximar mais ou menos do protótipo.

2.4. Os modelos-tipo submetem-se à teoria dos protótipos, e não à teoria das classes, possuindo, ainda, um caráter mimético, pois, na medida em que compostos por elementos flexíveis, renunciáveis, tipos distintos podem possuir características similares.

2.5. Os modelos-tipo foram desenvolvidos em diversos ramos do conhecimento humano, como nas Ciências Naturais (Biologia, Botânica etc.), na Histórica, na Lógica e na Psicologia. Em todas essas áreas, os modelos-tipo são tomados em sua acepção verdadeira, isto é, como associações realizadas com fundamento em elementos flexíveis, renunciáveis.

2.6. No Direito, o termo “tipo” é polissêmico, podendo ser tomado em três acepções diversas: a) o tipo na metodologia jurídica, que seria o modo de pensar tipificante; b) o tipo nos ramos não punitivos do Direito, que é tipo como modelo-tipo (v.g., Direito Civil, Direito Empresarial etc.); e c) o tipo nos ramos punitivos do Direito, que é o tipo como modelo-conceito (v.g., Direito Penal, Direito Tributário etc.).

2.7. Na metodologia jurídica, o tipo é visto como modo de pensar tipificante, isto é, o oposto do modelo classificatório de pensamento, que é próprio dos modelos-conceito. No modo de pensar tipificante, ao invés de se criar enunciados rígidos, conceituais, criam-se enunciados flexíveis. O modo de pensar tipificante é muito utilizado pela jurisprudência, pois permite a aplicação de um modelo decisório para centenas ou milhares de casos, facilitando a atividade jurisdicional sem que haja grande dispêndio de verbas públicas, ainda que este modelo de pensamento seja bastante discutível em face do princípio da legalidade.

2.8. Nos ramos não punitivos do Direito, como o Direito Civil e o Direito Empresarial, o signo tipo é tomado na sua acepção correta de modelo-tipo. Os modelos-tipo, em razão da sua flexibilidade, muitas vezes são criados pelas práticas jurídicas, pelo costume, como acontece nos costumes comerciais ou nos contratos atípicos.

2.9. Nos ramos punitivos, como o Direito Penal e o Direito Tributário, o termo tipo é tomado na acepção de modelo-conceito. Os modelos-conceito são aqueles que possuem características necessárias e irrenunciáveis, como ocorre com os enunciados legais desses ramos do Direito. Assim, nesses casos, o termo tipo é tomado numa acepção imprópria.

2.10. A doutrina afirma que a denominação do conceito legal como “tipo” se deveria a um erro ocorrido nas traduções para o Português e Espanhol do livro *Die Lehre von Verbrechen*, escrito por Ernst Beling. Contudo, não se trata propriamente de um erro, mas de uma imprecisão na tradução já que, no início do século XX, ainda não havia se desenvolvido nos países de língua portuguesa e espanhola uma teoria das normas.

2.11. No Direito Penal, especificamente, o termo “tipo” pode ser tomado em três acepções diversas: a) como “tipo legal”; b) como “tipo de injusto”; e c) como “tipo jurisprudencial”. O tipo legal é tido como a descrição dos requisitos linguísticos necessários para a ocorrência do crime; o tipo de injusto é o conjunto do tipo legal com a

ilicitude; e o tipo jurisprudencial são os enunciados jurisprudenciais (súmulas e acórdãos) construídos para facilitar a aplicação do Direito Penal.

2.12. O modelo-conceito é uma associação linguística fundada em características necessárias e irrenunciáveis, rígidas, submetida à lógica modal, e consequentemente à lei do terceiro excluído. No modelo-conceito há uma verdadeira inclusão de classe, pois ou o elemento pertence à classe ou não, não sendo admitidos elementos intermediários, que ocorrem apenas nos modelos-tipo.

2.13. No Direito, os modelos-conceito, em razão da sua rigidez, são criados pelo legislador. Enquanto os modelos-tipo admitem a criação através da intersubjetividade comunicativa da prática jurídica, os modelos-conceito, em razão da sua natureza estrita, são enunciados pelo legislador.

2.14. Os modelos-conceito ocorrem em todos os ramos do Direito e, atualmente, em razão do fortalecimento da ideia de segurança jurídica se fazem presentes inclusive nos ramos não punitivos do Direito Privado (v.g., conceito de empresário). Contudo, é nos ramos punitivos, como o Direito Penal e o Direito Tributário, que os modelos-conceito se fazem mais presentes.

2.15. O tipo penal é um enunciado com natureza de modelo-conceito já que, para que ocorra a incidência da norma penal, é necessário que ocorra a incidência de todos os elementos que compõem o enunciado do tipo penal. Assim, para que ocorra a incidência da norma do crime de homicídio (art. 121 do CP), é necessário que incidam os elementos “matar” e “alguém”, caso contrário, não se poderá falar em incidência da norma penal.

2.16. Apesar da distinção teórica entre modelos-tipo e modelos-conceito, na prática, os enunciados, em razão da sua complexidade linguística, apresentam-se usualmente como formas mistas. Como é praticamente impossível um enunciado exclusivamente composto de modelos-tipo ou de modelos-conceito, não existe um enunciado típico ou conceitual “puro”, pois, mesmo num enunciado conceitual existem signos com natureza de modelo-tipo e, num enunciado típico, signos com natureza de modelo-conceito.

2.17. O “tipo penal”, apesar de ser um enunciado com natureza de modelo-conceito, possui, em algumas hipóteses, elementos com natureza de modelo-tipo. É o caso dos denominados “elementos normativos culturais do tipo”, que possuem evidente natureza de modelo-tipo.

2.18. A tipicidade é a essência do tipo: os tipos penais só existem para que ocorra a tipicidade. O próprio Direito Penal é estruturado sobre o conceito de tipo e de tipicidade penal. Contudo, na atualidade, o conceito de tipicidade penal vive uma crise: a ideia de tipicidade como subsunção não é mais suficiente para limitar o poder punitivo do Estado.

2.19. A teoria da tipicidade como subsunção se funda na ideia de que a tipicidade é um mero silogismo jurídico, isto é, uma operação lógica através da qual a norma incidiria na medida em que um fato (premissa menor) corresponde à norma jurídica (premissa maior). É um mero silogismo sintático-semântico, sem qualquer consideração hermenêutica. Apesar da grande aceitação desta teoria na doutrina, tal pensamento deve ser superado pela ideia de tipicidade como hermenêutica.

2.20. A tipicidade como hermenêutica busca superar a discricionariedade desregrada na interpretação jurídica, procurando limitar os atos de vontade do juiz. Nessa medida, a tipicidade como hermenêutica parte do pressuposto que a norma deve ser construída com fundamento na intersubjetividade comunicativa. Além disso, a incidência da norma jurídica está condicionada a uma construção de sentido conforme o sistema jurídico e, especialmente, conforme a Constituição.

2.21. A tipicidade como hermenêutica permite, ainda, lidar melhor com o fenômeno da mutação linguística na medida em que, com o passar dos anos, o enunciado do tipo não precisaria ser alterado para que abarcasse novos fatos.

2.22. O atual estado de indeterminação da relação entre tipo e ilicitude deve ser superado pela adoção de uma teoria da ilicitude como ilicitude do sistema.

2.23. A ideia de ilicitude do sistema encontra fundamento na unidade do sistema jurídico e no Direito Penal como *ultima ratio*. Com efeito, sendo o Direito um sistema uno e sendo o Direito Penal o último meio de defesa deste sistema contra as lesões mais graves, este somente deve ser utilizado quando a conduta for também considerada ilícita por outro ramo do Direito.

2.24. Da ilicitude do sistema implica que uma conduta que é permitida ou obrigada por outro ramo do Direito não pode ser considerada como um ilícito penal. Assim, a ilicitude penal decorre da ilicitude do sistema jurídico, na medida em que todo ilícito penal é, antes, um ilícito extrapenal.

2.25. Da ilicitude como sistema decorre que, muitas vezes, a aplicação de uma sanção penal a uma conduta que já é considerada um ilícito extrapenal acarretará inaceitável *bis in idem*. Este fenómeno é evidente quando a sanção penal é qualitativa e equitativamente idêntica à sanção extrapenal, como ocorre na hipótese dos crimes contra o meio ambiente. Em outras hipóteses, especialmente naquelas em que as sanções não são qualitativamente semelhantes, não se pode falar propriamente em *bis in idem*, contudo, o Direito Penal não deve ser utilizado quando a sanção de natureza extrapenal for suficiente para punir a conduta.

Com relação à *hermenêutica linguístico-estruturante aplicada* (terceira parte), tem-se as seguintes considerações finais:

3.1. A hermenêutica jurídica encontra-se em um momento de crise. Os interesses políticos (ideológicos, religiosos etc.) dos magistrados são utilizados, muitas vezes, como formas de se corrigir o direito, contrariando aquilo que determina a norma jurídica. A relativa discricionariedade que possui o juiz, no momento da construção da norma jurídica, é vista como uma oportunidade para que sejam introduzidas aceções pessoais no direito, gerando uma interpretação absolutamente desregrada.

3.2. O único meio de se combater o atual estado de solipsismo hermenêutico é através da construção de uma forte teoria hermenêutica. Nessa medida, a hermenêutica linguístico-estruturante, ao modificar alguns dos paradigmas da “hermenêutica clássica”, apresenta-se como uma solução adequada.

3.3. A hermenêutica linguístico-estruturante tem como fundamento a ideia de que a interpretação jurídica é um ato de construção de sentido. Assim, supera-se as teorias que veem a interpretação como um ato de revelação de sentido, fundadas em paradigmas filosóficos superados, e que permitem a interpretação desregrada.

3.4. Apesar do sentido da norma ser construído pelo intérprete, este não é um ato arbitrário. Com efeito, está o hermeneuta vinculado à intersubjetividade comunicativa e ao código emanado pelo legislador, não podendo a ele atribuir o sentido que quiser.

3.5. A hermenêutica linguístico-estruturante não é um novo método de interpretação, na medida em que a interpretação é um ato ametódico pois não é feito “passo

a passo”. Assim, os métodos “clássico” e “semiótico” devem ser estudados apenas para fins didáticos, já que inexequíveis.

3.6. O Direito Penal não está imune às interferências políticas, à política criminal de diversos atores que lidam, de alguma forma, com o fenômeno da criminalidade. Com efeito, diversos órgãos e instituições, não somente as públicas, possuem política criminal como, por exemplo, a polícia (militar, judiciária ou federal), o Poder Executivo, o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil.

3.7. O Poder Legislativo realiza a política criminal por excelência, pois as discussões realizadas no Parlamento encontram limite somente na Constituição Federal. Já o Poder Judiciário não pode fazer política criminal de maneira irrestrita, desregrada. Como a incidência da norma jurídica ao caso concreto está estritamente vinculada aos ditames da lei, não pode o magistrado se utilizar de argumentos político-criminais para condenar, criando uma hipótese de incidência não prevista pelo legislador.

3.8. Já para a absolvição, os limites político-criminais são muito mais amplos. Contudo, não pode o magistrado absolver pelo simples sentimento de piedade, devendo fundamentar sua decisão na doutrina e na jurisprudência.

3.9. O limite da interpretação do Direito Penal é a legalidade. A lei penal é construída pelo legislador para ser aplicada por um período indeterminado de tempo, a todos os cidadãos submetidos à jurisdição brasileira, em todo território nacional e fora dele. Assim, mesmo que toda a interpretação do Direito Penal esteja adstrita ao princípio da legalidade penal, isto não significa que este ramo do Direito esteja alheio à mutação e à variação linguística.

3.10. Como o repertório linguístico é construído intersubjetivamente, através da comunicação, demanda-se determinado tempo para que uma interpretação se estabeleça. A partir do momento em que esta interpretação é estabelecida, gera expectativa nos demais sujeitos da sociedade, que entendem que ela deverá ser naquele sentido em casos futuros (confiança). Em razão disto, deve ser aplicado aos tipos jurisprudenciais o princípio da legalidade penal. Já com relação à interpretação doutrinária, não se mostra possível a aplicação do princípio da legalidade penal.

3.11. A variação regional e a variação sociocultural influenciam a construção da norma jurídica. Nessa medida, ainda que se busque a uniformização da interpretação do

Direito, a absoluta unidade interpretativa mostra-se impossível num país com tantas variações regionais e socioculturais como o Brasil.

3.12. A lei penal incompleta é aquela em que existem “lacunas” no enunciado legislativo que devem ser completadas pelo intérprete no momento da construção da norma. Existem quatro espécies de lei penal incompleta: lei penal incompleta em sentido estrito, lei penal em branco, crimes de infração de dever e crimes consequentes.

3.13. As leis penais incompletas em sentido estrito são aquelas em que a hipótese da norma de conduta ou o consequente da norma de sanção (respectivamente, preceito primário e preceito secundário) estão disciplinados em outro enunciado legislativo. O legislador, através de uma técnica legislativa pouco recomendável, economiza palavras no enunciado legislativo, remetendo parte dele a outro enunciado.

3.14. A técnica da lei penal incompleta em sentido estrito é inconstitucional pois viola os princípios da proibição de indeterminação da lei penal, corolário do princípio da legalidade penal (art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal), não permitindo que o destinatário da comunicação (cidadão) construa com clareza a norma.

3.15. A lei penal em branco é o enunciado normativo que tem a intensão de um ou mais de seus signos enunciada por outro enunciado normativo (denominado enunciado de complementação), que atua como hipótese de incidência complementar da norma de conduta do crime.

3.16. A lei penal em branco apresenta uma estrutura normativa (lógico-sintática) peculiar, pois a norma de complementação atua como uma hipótese complementar de incidência da norma de conduta da norma penal. Em razão disso, para que a norma penal possa incidir, há de, antes, incidir a norma de complementação, já que esta é um pressuposto.

3.17. A lei penal em branco é vista como uma técnica legislativa que facilitaria a aplicação do Direito Penal, evitando entraves burocráticos do processo legislativo, especialmente em áreas sensíveis, onde o consenso democrático do Congresso Nacional atrapalharia a atuação do Estado. Além disso, em razão da denominada “sociedade do risco”, a técnica da lei penal em branco é tida como um meio do Direito Penal acompanhar as evoluções ocorridas nos campos da Economia, Meio Ambiente etc.

3.18. O fenômeno da lei penal em branco, no seu atual desenvolvimento, deve ser considerado inconstitucional em razão da violação da competência legislativa em matéria penal e da violação do princípio de legalidade penal.

3.19. O estudo da lei penal em branco através da hermenêutica linguístico-estruturante permite imprimir ao fenômeno uma nova interpretação, através do estudo dos planos semióticos. A partir da elaboração de uma árvore de análise sintática, pode-se observar com muito mais clareza os diversos enunciados que compõem a lei penal em branco, construindo-se com mais precisão a norma jurídica.

3.20. Os crimes de infração de dever são aqueles em que a norma penal é antecedida por uma norma extrapenal, que é necessária para a existência daquela. A norma extrapenal é o antecedente necessário para a incidência da norma penal pois a fundamenta.

3.21. Os crimes de infração de dever, assim como a lei penal em branco, apresentam uma peculiar estrutura normativa, a mais complexa dos crimes incompletos. Assim, além da hipótese de incidência da norma de conduta do crime, que contém a tipicidade, atua como hipótese de incidência complementar, a norma extrapenal, que contém a ilicitude. Nessa medida, a ilicitude da conduta é deslocada para a norma extrapenal.

3.22. Na práxis jurídica, o dever contido na norma dos crimes de infração de dever pode emanar de fontes legais, administrativas ou negociais. Contudo, esta pluralidade de fontes, especialmente as negociais, acarreta uma série de problemas ao fenômeno, especialmente em razão da possibilidade de colisão de deveres, que ocorre quando o ordenamento permite e proíbe ou obriga e proíbe uma mesma conduta simultaneamente. Nessas hipóteses, a conduta praticada pelo agente deve sempre ser considerada lícita.

3.23. A complexidade normativa dos crimes de infração de dever faz com que ocorra a violação do princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), especialmente naquelas hipóteses em que a norma de dever extrapenal emana de uma fonte negocial como um contrato.

3.24. Os crimes consequentes são aqueles que possuem, na norma de conduta, duas hipóteses de incidência: o enunciado do crime (enunciado do tipo consequente) e a norma do crime antecedente, que atua como hipótese de incidência complementar.

3.25. O crime consequente é, como diz seu próprio nome, uma consequência do crime antecedente. Assim, não é possível se falar propriamente numa relação de acessoriedade entre o crime consequente e o crime antecedente, pois aquele, apesar de principal, depende deste; podendo-se falar, apenas, numa relação de consequência entre um e outro.

3.26. Nos crimes consequentes, a hipótese de incidência da norma de conduta apresenta duas hipóteses. A primeira é o enunciado do tipo do crime consequente, considerado a hipótese principal e, a segunda, é o crime antecedente. Isso faz com que, segundo a perspectiva linguístico-estruturante, para que possa ocorrer a incidência da norma do crime consequente, tem de haver, antes, a incidência da norma do crime antecedente. Nessa medida, caso, por qualquer motivo, a norma do crime antecedente não incida, não será possível se falar na incidência do crime consequente.

3.27. Sendo o crime o fato típico, ilícito e culpável e dependendo a incidência da norma crime consequente da incidência anterior da norma do crime antecedente, este não pode ser tomado apenas como um injusto punível. A norma do crime antecedente deve incidir, através de todos os seus elementos analíticos, para que possa dar causa ao crime consequente.

3.28. As hipóteses em que a lei penal expressamente dispõe que a incidência do crime consequente dependerá apenas da incidência do injusto antecedente (fato típico e ilícito), denominadas de crimes consequentes impróprios, devem ser reinterpretadas em conformidade com o ordenamento jurídico, fazendo com que seja necessária a incidência do crime antecedente (fato típico, ilícito e culpável).

3.29. O erro é um fenômeno linguístico. O conhecimento da norma jurídica e de seu enunciado dependem da existência de um repertório parcialmente comum entre o emissor, que é o legislador, e o receptor, que é o cidadão destinatário da norma. Assim, os fenômenos do erro de tipo e do erro de proibição devem ser estudados como fenômenos linguísticos.

3.30. O erro de tipo, na perspectiva linguístico-estruturante, é aquele que recai sobre qualquer elemento que constitua o código da mensagem legislativa. Assim, o erro de tipo pode recair tanto do enunciado principal da hipótese de incidência quanto nos

enunciados complementares, como a norma de complementação da lei penal em branco e a norma de dever dos crimes de infração de dever.

3.31. O conhecimento do enunciado legislativo é influenciado pelos elementos dêiticos como o sujeito, o tempo, o contexto e o sistema. Assim, esses elementos podem dar causa ao erro de tipo, fazendo com que a realidade construída pelo indivíduo não corresponda à realidade intersubjetiva.

3.32. O erro de tipo pode recair sobre os elementos especiais da ilicitude contidos no tipo penal e sobre as hipóteses de incidência complementares no caso das leis penais incompletas.

3.33. O erro de proibição, na perspectiva linguístico-estruturante, é aquele que recai sobre a mensagem construída pelo destinatário do enunciado legislativo, isto é, sobre a própria norma.

3.34. O erro de proibição é influenciado pelo repertório linguístico do indivíduo e pelo contato/conflito linguístico. Destes fenômenos decorrem outros que são, no fundo, derivações do erro de proibição como a teoria da coculpabilidade, os delitos culturalmente condicionados e a questão indígena.

3.35. A dúvida sobre a proibição, quando fundada, deve ser equiparada ao erro de proibição para fins penais.

CONCLUSÕES

1. A realidade humana é comunicativa, intersubjetiva, e por isto, linguística. Sendo um dos sistemas que compõem a realidade humana, o Direito é linguístico.

2. O estudo do Direito através da Linguística e da Teoria da Linguagem, apesar de não constituir propriamente um método, apresenta diversas ferramentas relevantes para a construção da norma jurídica, através da interpretação/aplicação do Direito. Dentre esses fenômenos, pode-se citar a teoria da comunicação e a teoria da realidade que permitem aprofundar o estudo do fenômeno do erro.

3. O tipo penal é o enunciado de natureza conceitual composto de signos que são modelos-conceito ou modelos-tipo. Há de se superar as concepções “clássicas”, arraigadas no senso comum que dominam o estudo do tipo penal no Brasil, construindo-se o fenômeno através da Linguística e da Filosofia da Linguagem.

4. A tipicidade deve ser entendida como um fenômeno hermenêutico. Deve-se superar a ideia de tipicidade como mera subsunção do fato à norma, passando-se a tomar um fenômeno como um verdadeiro ato de hermenêutica, isto é, de construção da norma jurídica.

5. Apesar de a tipicidade, a operação elementar do Direito, ser um fenômeno hermenêutico, vive-se, na atualidade, uma crise hermenêutica. A falta de pressupostos teóricos e a introdução desregrada de “decisões políticas” (morais, ideológicas etc.) faz com que o ato de construir a norma jurídica e aplicá-la ao caso concreto seja um ato arbitrário, solipsista. No Brasil, a situação é demonstrada pelo número absurdo de interpretações jurisprudenciais absolutamente desvinculadas do sistema jurídico e do próprio enunciado legislativo.

6. Além de influências nefastas, a interpretação jurídica pode ser influenciada por outros fatores, como a variação e a mutação linguística. Como as leis são construídas para serem aplicadas por um período indeterminado de tempo e no vasto território nacional (e, algumas vezes, fora dele), estão sujeitas a estes fenômenos típicos da Sociolinguística. Assim, ocorrendo mudanças linguísticas em razão do tempo (mutação) ou em razão das diferenças existentes entre as diversas regiões do País (variação regional) ou de questões econômicas, educacionais etc. (variação sociocultural) é possível que a construção da norma jurídica se dê de forma diferente.

7. A Linguística e a Filosofia da Linguagem também trazem instrumentos importantes para o estudo das leis penais incompletas (leis penais incompletas em sentido estrito, leis penais em branco, crimes de infração de dever e crimes consequentes). Esses fenômenos, apesar de muito recorrentes, não são estudados profundamente pela doutrina e a aplicação da hermenêutica linguístico-estruturante a eles conduz a uma melhor compreensão.

8. A norma jurídica não se confunde com o texto da lei (enunciado legislativo): a norma jurídica é o produto da construção de sentido, é a mensagem construída com

fundamento no código emitido pelo legislador, que é o texto legal. Nesse medida, é possível se diferenciar o erro de tipo do erro de proibição com fundamento na Teoria das Normas.

9. O erro de tipo é aquele que recai sobre os elementos que compõem o código da comunicação legislativa (v.g., no crime de homicídio disciplinado pelo enunciado da norma do art. 121 do Código Penal, o “matar” e o “alguém”) e o erro de proibição aquele que recai sobre a mensagem legislativa, isto é, sobre a construção de sentido feita a partir do enunciado (v.g., na mesma situação, a mensagem de que “é proibido matar alguém”).

10. Indo muito além da mera “utilização” da Linguística e da Filosofia da Linguagem no Direito, o Direito Penal poderia ser “reconstruído” sob esta ótica, partindo-se do pressuposto que a norma jurídica é uma forma de comunicação e, sendo assim, a essência do Direito seria tutelar esta intersubjetividade – tema este que será melhor trabalhado em outro estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ACERO, Juan José (org.). *Filosofia del language I: semántica*. Madri: Editorial Trotta, 1998.
- AFTALIÓN, Enrique R. *Introducción al Derecho*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dicionário da cultura jurídica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 5ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- AMARAL, António Campelo do. *O Domínio apriorístico da comunicação na transformação da filosofia (Karl-Otto Apel)*. Covilhã: Lusofia, 2008.
- APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
- _____. *Transformação da filosofia II: o a priori da comunidade da comunicação*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
- ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. *Incidência jurídica: teoria e crítica*. São Paulo: Noeses, 2011.
- _____. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal: uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ARENS, Hans. *Sprachwissenschaft*. 2ª ed. Freiburg: Verlag Karl Alber, 1969.
- ARNAUD, André-Jean (org.). *Dicionário enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Trad. Vicente de Paulo Barreto. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal – tomo II*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964.

- AUSTIN, John. Langshaw. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- BACH, Emmon. *An introduction to transformational grammars*. Nova Iorque: Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1964.
- BACIGALUPO, Enrique (org.). *Curso de Derecho Penal Económico*. Madri: Marcial Pons, 1998.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BAGNO, Marcos. *Gramática pedagógica do português brasileiro*. São Paulo: Parábola, 2011.
- _____. *Preconceito linguístico*. 54ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.
- BAKHTIN, Mikhail M. *Estética da criação verbal*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- BALDAN, Édson Luís. *Intertipicidade penal*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.
- BALTAZAR JUNIOR, João Paulo. *Crimes federais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BARREALE, María A. Trapero. *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*. Granada: Comares, 2000.
- BASILE, Fabio. *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il Diritto Penale nella società multiculturali*. Roma: Giuffrè, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *A cultura no mundo líquido moderno*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- _____. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- _____. *Sobre educação e juventude*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- _____. *Vida para consumo: a transformação e pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

- BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 1999.
- _____. *Teoria geral do Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007.
- BENZ, Arthur. *Der moderne Staat: Grundlagen der politologischen Analyse*. 2ª ed. Munique: Oldenbourg, 2008.
- BERLET, Winfred. *Das Verhältnis von Sollen, Dürfen und Können*. Bonn: H. Bouvier, 1968.
- BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1971.
- _____. *Teoria Generale della interpretazione – vol. II*. Milão: Giuffrè, 1990.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assim de. *Curso de filosofia do Direito*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. O discurso do legislador de trânsito: uma análise semiótica da linguagem não verbal normativa. *Revista de Informação Legislativa* 37. Brasília: Senado Federal, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo & erro de proibição: uma análise comparativa*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BLAY, Michel (org.). *Dictionnaire des concepts philosophiques*. Paris: Larousse, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.
- BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política – vol. 1*. Trad. Carme C. Varriale et al. 13ª ed. Brasília: Editora UNB, 2010.
- _____. *Dicionário de política – vol. 2*. Trad. Carme C. Varriale et al. 13ª ed. Brasília: Editora UNB, 2010.
- BORODITSKY, Lera; et alii. Sex, syntax and semantics. *Language and mind: advances in the study of language and thought*. Massachusetts: MIT Press, 2002.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.
- BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- BRANQUINHO, João; *et alii*. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BRAUN, Johann. *Einführung in die Rechtsphilosophie*. 2ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012.
- BUNDESKRIMINALAMT WIESBADEN. *Polizei und Kriminalpolitik*. Wiesbaden: Bundeskriminalamt Wiesbaden, 1981.
- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves de. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. Berlin: Ducker&Humblot, 1964.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes; *et alii*. (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAMPOS, J. Edgardo; PRADHAN, Sanjay (orgs.). *The many faces of corruption: tracking vulnerabilities at the sector level*. Washington: The World Bank, 2007.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- CHARADEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. Trad. Fabiana Komesu. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2006.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 4ª ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011.

CHEN, Hsuan-Erh. *Hermeneutik zwiachen eigener Tradition und fremde Kultur: Zum Probleme des Fremden in den hermeneutischen Theorien von Hans-Georg Gadamer und Eric Donald Hirsch*. Tese (Doutorado em Filosofia). Ruhr-Universität Bochum. 2008.

CHEN, Keith. *The effect of language on economic behavior: evidence from savings rates, health behavior, and retirement assets*. Disponível em: <<http://faculty.som.yale.edu/keithchen>>. Acesso em 28 de maio de 2013.

CHERRY, Colin. *A comunicação humana*. Trad. José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1972.

CHIERCHIA, Gennaro. *Semântica*. Trad. Rodolfo Pagani, *et alii*. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.

CHOMSKY, Noam. *Aspectos da teoria da sintaxe*. Trad. José Antonio Meireles e Eduardo Piva Raposo. Coimbra: Armênio Amado, 1975.

_____. *Language and responsibility*. Nova Iorque: Pantheon Books, 1977.

COBREROS, Pablo. Vagueness: subvaluationism. *Philosophy Compass*. 2013.

COELHO NETTO, José Teixeira. *Semiótica, informação e comunicação*. São Paulo: Perspectiva, 2010.

COHEN, Albert K. *Delinquent boys: the culture of the gang*. Nova Iorque: Collier Macmillian Publishers, 1955.

COIMBRA NEVES, Cícero Robson; Streifinger, Marcello. *Manual de Direito Penal militar*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONTE, Amadeo Giovanni. *Filosofia del linguaggio normativo - I*. 2ª ed. Turim: Giappichelli Editore, 1995.

_____. *Filosofia del linguaggio normativo - II*. Turim: Giappichelli Editore, 1995.

COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, José Faria da; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COULMAS, Florian (org.). *The handbook of sociolinguistics*. Londres: Blackwell Publishing, 1998.

CREIFELDS, Carl; WEBER, Klaus. *Rechtswörterbuch*. 21^a ed. Munique: Beck, 2014.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DAVID, Décio Franco. *Fundamentação principiológica do Direito Penal econômico: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2014.

DAVIS, Boyd H. (org.). *Dimensions of language*. Nova Iorque: Macmillan Publishing Company, 1993.

DELMANTO, Celso; *et alii*. *Código Penal comentado*. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Roberto; *et alii*. *Leis penais especiais comentadas*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE LUCA, Javier A. *Leyes penales más benignas, en blanco y constitución nacional*. 2^a ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010.

DER BROCKHAUS. *Philosophie: Ideen, Denken und Begriffe*. Mannheim: F. A. Brockhaus, 2004.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DIAS, Augusto Silva. *“Delicta in se” e “delicta mere prohibita”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral – Tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (org.). *Teoría de sistemas y Derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DUCROT, Oswald; TODOROV, Tzvetan. *Dicionário enciclopédico das ciências da linguagem*. Trad. Alice Kyoko Miyashiro. São Paulo: Perspectiva, 2010.

DUMMETT, Michael. *Frege: philosophy of language*. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

_____. *The seals of language*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1993.

ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. Monica Stahel. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Os limites da interpretação*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2012.

_____. *Semiótica e filosofia da linguagem*. Trad. Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

_____. *Tratado geral de semiótica*. Trad. Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardozo de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009.

EISELE, Jörg. *Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*. 2ª ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2012.

FARIAS, Washington Silva de. Teoria do enunciado e teoria gramatical: (des)enredamento de conceitos. *Graphos vol. VI*. João Pessoa, 2003.

FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. *Criminologia integrada*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Rodrigo de Andrade Magalhães. *Tipicidade tributária*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

FERNÁNDEZ, Fernando Molina. *Antijuridicidad y sistema de delito*. Barcelona: JM Bosch, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris 1: teoria del diritto*. 2ª ed. Roma: Laterza, 2012.

_____. *Principia iuris 2: teoria delal democrazia*. Roma: Laterza, 2007.

_____. *Principia iuris 3:la sintassi del diritto*. Roma: Laterza, 2007.

FERRARA, Lucrécia D'Alessio. *Olhar periférico: informação, linguagem, percepção ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Edusp, 1999.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIORE, Pascuale. *De la irretroactividad e interpretación de las leys*. Trad. para o espanhol de Enrique Aguilera de Paz. 4ª ed. Madrid: Tallers Editoriales, 2009.

FIORIN, José Luiz (org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2012.

_____. *Introdução à linguística II: princípios da análise*. 5ª ed. São Paulo: Contexto, 2012.

FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 2ª ed. São Paulo: Annablume, 2004.

FODOR, Jerry A.; KATZ, Jerrold J. *The structure of language: readings in philosophy of language*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1964.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafarel; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (orgs.). *Direito Penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas, vol. XVIII*. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

FRYE, Northrop. *Código dos códigos: a bíblia e a literatura*. Trad. Flávio Aguiar. São Paulo: Boitempo, 2004.

GAMBETTA, Diego. *Codes of the underworld: how criminals communicate*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal – tomo I*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal – vol. 1: introdução e princípios gerais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito penal – vol. 2: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

Gonçalves, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza: horizontes críticos para a teoria dos sistemas*. São Paulo: Saraiva, 2013

GONZAGA, João Bernardino. *O Direito Penal indígena. A época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, s/d.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Dos crimes da Lei de licitações*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Manual de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GREWENDORF, Günther; et alli. *Sprachliches Wissen: Eine Einführung in moderne Theorien der gramatischen Beschreibung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

GUTIÉRREZ, José Zamyra Veira. *El delito de uso de información privilegiado en el mercado de valores especialmente en el Derecho Penal español (Art. 285 CP)*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Alcalá. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009.

_____. *Rationalitäts – und Sprachtheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009.

_____. *Sprachtheoretische: Grundlegung der Soziologie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009.

HEINRICH, Manfred; et alii. (orgs.). *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. Berlin: De Gruyter, 2011.

HERDAN, Gustav. *Language as choice and chance*. Groningen: P. Noordhoff N. V., 1956.

HIDALGO, Laurence Chunga. *La situación jurídica del “culturalmente condicionado” frente al Derecho Penal*. Disponível em: www.unifr.ch/derechopenal. Acesso em 12 de dezembro de 2012.

- HOFFMEISTER, Johannes. *Wörterbuch des philosophischen Begriffe*. 2ª ed. Hamburgo: Felix Meiner, 1955.
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlim: De Gruyter, 1993.
- JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. Trad. Izidoro Blinkenstein e José Paulo Paes. 22ª ed. São Paulo: Cultrix, 2010.
- JERUSALEM, Franz W. *Die Zersetzung im Rechtsdenken*. Stuttgart: E. Kohlhammer Verlag, 1968.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª ed. Trad. José Luiz Mazaneres Samaniego. Granada: Comares, 1993.
- JUNG, Carl Gustav. *Tipos psicológicos*. São Paulo: Zahar, 1967.
- JUST, Gustavo. *Interpréter les théories de l'interprétation*. Paris: L'Harmattan, 2010.
- KAISER, Günther. *Kriminologie*. 3ª ed. Heidelber: Müller, 1996.
- KAMP, Hans; Partee, Barbara. Prototype theory and compositionality. *Cognition* 55. Amherst: Elsevier, 1995.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Kel, Manuel Seca Oliveira, Antínio Manuel Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2005.
- KINDHÄUSER, Urs; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (orgs.) *Strafgesetzbuch – Band 1*. 2ª ed. Baden-Baden: Nomos, 2005.
- _____. *Strafgesetzbuch – Band 2*. 2ª ed. Baden-Baden: Nomos, 2005.
- KLAUS, Georg; BUHR, Manfred (orgs.). *Philosophisches wörterbuch*. Leipzig: VEB Verlag, 1964.
- KLEIBER, George. *La sémantique du prototype*. Paris: PUF, 1990.
- KÖBLER, Gerhard. *Juristisches Wörterbuch*. 10ª ed. Munique: Verlag Vahlen, 2001.
- KRIELE, Martin. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*. 2ª ed. Münster: LIT, 2004.
- KRISTEVA, Julia. *Introdução à semianálise*. Trad. Lucia Helena França Ferraz. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

- LABOV, William. *Language in the inner city: studies in Black English vernacular*. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1972.
- LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch mit Erläuterung*. 24^a ed. Munique: Beck, 2001.
- LAGENBUCH, Juergen Richard. *Geografia política linguística: línguas e dialetos na vida dos povos e países*. São Paulo: HUCITEC, 2009.
- LAKOFF, George. *Women, fire, and dangerous things: what categories reveal about the mind*. Chicago: The University of Chicago Press, s/d.
- LANEYRIE-DAGEN, Nadeije (org.). *Les grands procès*. Paris: Larousse, 1995.
- LÁZARO, Fernando Guanarteme Sánchez. *Una teoría de la argumentación jurídico-penal: un segundo desarrollo, de l amado de algunos problemas de miedo insuperable*. Granada: Editorial Comares, 2009.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 6^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3^a ed. Berlim: 1995.
- LEENEN, Detlef. *Typus und Rechtsfindung: Die Bedeutung der typologischen Methode für Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*. Berlim:Duncker & Humblot, 1971.
- LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- LEVINSON, Stephen C. *Pragmática*. Trad. Luís Calos Borges e Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LEONARDI, Guilene. *Consumo e violência: um estudo sobre jovens moradores da Vila Cruzeiro*. 25 f. (bacharelado Publicidade e Propaganda). Curso de Publicidade e Propaganda, Escola Superior de Propaganda e Marketing. 2007.
- LEVY. Gabriel. Prophecy, written language, and the mimetic faculty: Benjamin's linguistic miticism as cure of the "language myth". *Epoché: the University of California journal for the study of religion*. Santa Barbara: University of California Press, s/d.
- LICCI, Giorgio. *Modelli nel diritto penale: filogenesi del linguaggio penalistico*. Turim: Giappichelli Editore, 2006.

LIEFRINK, Frans. *Semantico-syntax*. Londres: Longman, 1973.

LIMA, Luiz Costa. Social representation and mimesis. *Crossroads: na interdisciplinar journal for the study of history, philosophy, religion and classics – volume II*. Virginia: University of Virginia Press, 2008.

LIPNER, Elias. *Santa inquisição: terror e linguagem*. Rio de Janeiro: Editora Documentário, 1977.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÖFFLER, Winfried. *Einführung in die Logik*. Stuttgart: Kohlhammer, 2008.

LOPES, Luciano Santos. *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2010.

LÓPEZ, Jesús Orlando Gómez. *Tratado de Derecho Penal, tomo III: La tipicidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito – vol. III*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Matins Fontes, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 35ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros. 2014.

MARCÃO, Renato. *Execução penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCONDES, Danilo. *Textos básicos de linguagem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

MARCUSE, Hebert. *Culture et société*. Paris: Les Éditions de Minut, 1970.

MARQUES, Jader. *Leitura hermenêutica da tipicidade penal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012.

MARTENS, Ekkehard; SCHNÄDELBACH, Herbert (orgs.). *Philosophie: ein Grundkurs – Band 2*. Hamburgo: Rewohlts, 1991.

MAZZILLI, Hugo de Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZOCATO, Ana Cristina; BIONDO, Eliana. *Tipos nomenclaturais e principais famílias do herbário CNPO da Embrapa pecuária sul. Documentos 116*. Bagé: Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, 2011.

MEINI, Iván. *Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. Derecho PUC*. Lima: Fundo Editorial, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e as ações constitucionais*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENNE, Alber; FREY, Gerhard. *Logik und Sprache*. Bern: Francke Verlag, 1974.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Execução penal*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOORE Jr. Barrington. *Injustice: the social bases of obedience and revolt*. Londres: Macmillan, 1978.

MORA, Maribel Narváez. *Wittgenstein y la teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 8ª ed. São Paulo: Atlas., 2011.

MORCHÓN, Gregorio Robles. *El derecho como texto*. 2ª ed. Madri: Thomson-Civitas, 2006.

MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOURA, Grégore. *Do princípio da co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Trad. Ana Paulo Barbosa-Fohrmann *et alii*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Teoria estruturante do Direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Tiranto lo Blanch, 1993.

NEVES, António Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen). In: *Estudos em homenagem ao professor J. J. Teixeira Ribeiro II*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1979.

NEVES, Maria Amélia Carreira das. *Semiótica linguística e hermenêutica do texto jurídico*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

NOGUEIRA, Alécio Silveira. *Direito e linguagem: o processo interpretativo jurídico sob uma perspectiva semiótica*. Curitiba: Juruá, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Dicionário jurídico: penal, processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas – vol. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas – vol. 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Manual de Direito Penal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013.

ORTIZ, Mariana Tranches. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011.

PAIVA, Elky Alexandre Villegas. *Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal: consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses*

macrosociales. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>. Acesso em 11 de abril de 2014.

PAP, Arthur. *Semantics and necessary truth: an inquiry into the foundations of analytic philosophy*. New Haven: Yale University Press, 1958.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 4ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

PETRELLUZZI, Marco Vinícius; RIZEK JUNIOR, Rubens Noman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PLAZA, Julio. *Tradução intersemiótica*. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo. (orgs.). *Teoria da penal, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Curso de Direito penal brasileiro – vol. 1*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de Direito penal brasileiro – vol. 2*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Direito Penal econômico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Alice; COIMBRA, Mário. *Direito de execução penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

POZO, José Hurtado. *Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?* Disponível em: www.unifr.ch/derechopenal. Acesso em 12 de dezembro de 2012.

RAMOS, Gisela Godin. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

RAMOS, Luís Marcelo Alves. Os tipos psicológicos na psicologia analítica de Carl Gustav Jung e o inventário de personalidade “Myers-Briggs Type Indicator (MBTI)”: contribuições para a psicologia educacional, organizacional e clínica. *Dossiê vol. 6, n.º 2*. Campinas: Educação Temática Digital, 2005.

- RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal Brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, 2012.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RESWEBER, Jean-Paul. *La théologie face au défi herméneutique*. Paris, Vander Navwelaerts, 1975.
- REZENDE, Bruno Titz de. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2013.
- REZENDE, Guilherme Madi. *Índio – tratamento jurídico-penal*. Curitiba: Juruá, 2011.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La categoria de la antijuridicidad en Derecho Penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.
- RIZATTI, Cleonice Lucia. Da teoria prototípica da categorização de Rosch à teoria de protótipos de Kleiber. *Revista língua & literatura*. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, s/d.
- ROSCH, Eleanor; LLOYD, Barbara B (orgs.). *Cognition and categorization*. Hillsdale: Lawrence Erlbaum, 1978.
- ROSCH, Eleanor; MERVIS, Carolyn B. Family resemblances: studies in the internal structure of categories. *Cognitive psychology* 7. Berkley: American Press, 1975.
- ROSCH, Eleanor; *et alii*. Basic objects in natural categories. *Cognitive psychology* 8. Berkley: American Press, 1976.
- ROSENN, Keith S. Brazil's legal culture: the *jeito* revisited. *Florida International Law Review*, vol. I, n. 1. Miami, 1984.
- ROUTLEDGE. *Concise Routledge encyclopedia of Philosophy*. Londres: Routledge, 2000.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ª ed. Munique: Beck, 2006.
- RÜTHERS, Bernd; *et alii*. *Rechtstheorie*. 4ª ed. Munique: Beck, 2011.
- SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Normativización del derecho penal y realidade social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Aproximação ao Direito Penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- SÁNCHEZ, Nelson Salazar. Fundamento filosófico de los delitos de dominio del hecho y de los delitos de infracción de deber. *Revista peruana de ciências penales n.º 18*. Lima: Idemsa, 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5ª ed. Florianópolis: Conceito, 2012.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Trad. Charles Bally; et alii. 27ª ed. São Paulo: Cultrix, 2006
- SAY, Jean-Baptiste. *Traite d'economie politique*. Paris: Calman-Lévy, 1972.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.
- SCHNEIDER, Egon. *Logik für Juristen*. Berlim: Franz Vahlen, 1965.
- SEARLE, John. *Speech acts: an essay in the Philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.
- SHIMIZU, Bruno. *Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas*. São Paulo: IBCCRIM, 2011.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 36ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2013.
- SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penas em branco e o Direito Penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SKINNER, Burhus Frederic. *Ciência do comportamento humano*. Trad. João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SOUSA, António Francisco. *Fundamentos da tradução jurídica: alemão-português*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia: ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SOUTHWORTH, Franklin C.; DASWANI, Chander J. *Foundations of linguistics*. Nova Iorque: The Free Press, 1974.

STARK, Werner. *The sociology of knowledge: an essay in aid of a deeper understanding of the history of ideas*. Londres: Routledge & Kegan Paulo, 1960.

STEGMÜLLER, Wolfgang. *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie – Band I*. Heidelberg: Springer, 1974.

STOLZE, Radegundis. *Hermeneutische Übersetzen: Linguistische Kategorien des Verstehens und Formulierens beim Übersetzen*. Tübingen: Gunter Narr Verlag, 1992.

STRATENWERTH, Günter. *Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat*. 4ª ed. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito – vol. 2: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TEBET, Diogo. *Súmula vinculante em matéria criminal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2010.

TELLES, Ney Moura. *Direito Penal I – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo; et alii. (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no Direito Tributário. *Revista eletrônica de Direito Administrativo e Econômico* n.º 5. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2006.

- TRASK, R. L. *Dicionário de linguística*. Trad. Rodolfo Ilari. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2006.
- TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 52ª ed. Munique: Beck, 2004.
- TSAI, Wei-Ding. *Die ontologische Wende der Hermeneutik: Heidegger und Gadamer*. Tese (Doutorado em Filosofia). Ludwig-Maximilians-Universität. 2011.
- TUCHMAN, Barbara. *A Distant Mirror: The Calamitous 14th Century*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1978.
- TUGENDHAT, Ernst. *Der Wahrheitsbegriff bei Husserl und Heidegger*. 2ª ed. Berlim: Walter de Gruyter, 1970.
- VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- VEGA, Dulce María Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.
- VERLAG C. H. BECK. *Alternativ-Entwurf Straffjustiz un Medien (AE-StuM)*. Munique: Beck, 2004.
- VERNENGO, Roberto J. *La interpretación literal de la ley*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- _____. *Causalidade e relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.
- VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- VILLARES, Luiz Fernando (coord.). *Direito Penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2010.
- VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione*. 6ª ed. Roma: Laterza, 2009.

VITOR, Enrique García. *Culturas diversas y sistema penal*. Disponível em: www.unifr.ch/derechopenal. Acesso em 12 de dezembro de 2012.

WARDHAUGH, Ronald. *An introduction to sociolinguistics*. 5ª ed. Londres: Blackwell Publishing, 2006.

WASHBURN, Donald E.; SMITH, Dennis R. *Coping with increasing complexity: implications of general semantics and general systems theory*. Nova Iorque: Gordon and Breach Science Publishers, 1974.

WIENER, Albert. *Cibernética e sociedade: o uso humano dos seres humanos*. Trad. José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1973.

WATZLAWICK, Paul; et alii. *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2007.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 30ª ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Bemerkungen über die Philosophie der Psychologie – Band I*. Oxford: Basil Blackwell, 1988.

_____. *Bemerkungen über die Philosophie der Psychologie – Band II*. Oxford: Basil Blackwell, 1988.

WUNDERLICH, Dieter. *Foundations of linguistics*. Londres: Cambridge University Press, 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: parte general*. 2ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro v. 1: parte geral*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.