

# Os tipos penais abertos e o princípio da legalidade penal: uma visão introdutória

---

*Open criminal types and principle of legality criminal: an introductory view*

HELVÉCIO DAMIS DE OLIVEIRA CUNHA

**Resumo:** O princípio da legalidade indiscutível, garantia fundamental do ser humano, vem sendo objeto de estudo da ciência penal por mais de dois séculos. Porém, com todo este tempo de análise, o princípio continua sendo exposto a relativizações por institutos de importante interesse no Direito Penal. Os tipos penais abertos e seus desdobramentos são exemplos dessa potencial violação do princípio da legalidade e do princípio da segurança jurídica, vez que ampliam o texto do tipo penal, exigindo complementações por outras normas jurídicas (de qualquer natureza), e também por indefinidos critérios de interpretação. Por esta razão, mister se faz uma análise dos tipos omissivos impróprios, tipos culposos e das normas penais em branco frente aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, para, ao final, compreendermos que muito trabalho precisará ser concentrado nestas temáticas, sendo este artigo, apenas uma breve introdução a respeito delas.

**Palavras-chave:** Princípio da Legalidade. Tipos Penais Abertos. Normas Penais em Branco. Crimes Omissivos Impróprios. Tipos Culposos. (In)constitucionalidade.

**Abstract:** The principle of indisputable legality, fundamental guarantee of human beings, has been the object of study of criminal science for over two centuries. But with all this time of analysis, the principle remains exposed to relativizations by institutes of main interest in Criminal Law. The criminal types open and its developments are examples of this potential violation of the principle of legality and the principle of legal certainty, since it broadens the text of the offense, requiring complementation by other legal rules (of any kind), and also by undefined criteria interpretation. For this reason, it is necessary to make an analysis of the omissive improper types, guilty of criminal law and white face to the principles of legality and legal certainty. Finally we understand that that much work needs to be concentrated on these themes, and this article is only a brief introduction about them.

**Keywords:** Principle of Legality. Open Criminal Types. Blank Criminal Standards. Omissive Unfit Crimes. Manslaughter types. (Un)constitutionality.

## 1. Introdução

O estudo do fato delituoso e sua estrutura alcançaram ares de cientificidade a partir do século XIX. Isto não significa, entretanto, que o crime não foi objeto de estudo por vários pensadores desde o início das relações sociais humanas. O Direito Penal,

como um sistema teórico-normativo e que tem como escopo a solução de conflitos, passou por diversas fases até culminar na que presentemente estamos. No princípio era um instrumento de vingança (privada, religiosa e pública); depois passou a ser estudado como um ramo efetivo da ciência jurídica e explicado por várias correntes científicas (Escola Clássica, Escola Positivista e as escolas mistas). Encontramos, inclusive, teorias que pretendem que ele seja substituído por outros instrumentos jurídicos mais eficientes (ex.: a Escola da Nova Defesa Social). Também existem teorias que propõem sua total dissolução, como é defendido pelos denominados abolicionistas.

Após esta pequena introdução, a respeito das fases da ciência jurídica penal, mister se faz abordar-se os fundamentos históricos do tema. Na segunda metade no século XVIII, Cesare Bonacensa (conhecido como o Marquês de Beccaria) escreve uma obra que é considerada por muitos como o divisor de águas do Direito Penal não-científico e científico. Esse importante livro recebe o nome de “Dos Delitos e Das Penas” (BONACENSA, 1993). Dentro desta obra, Beccaria, inspirado pelas ideias e valores iluministas do seu tempo, descreve de uma forma bastante lúcida os abusos e arbitrariedades que ocorrem na Itália, e de uma maneira geral, em toda a Europa no século XVIII.

Em uma das várias passagens relevantes do livro, Beccaria aborda sobre a necessidade e aplicação do princípio da legalidade, afirmando que somente as leis podem fixar penas, inclusive não se admitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente. Ainda concernentemente à legalidade, Beccaria diz que as leis devem ser de conhecimento geral do povo, e que sua redação necessita ser clara e precisa para que todos possam compreendê-las e obedecê-las adequadamente.

A partir dos princípios apresentados pelo autor italiano, os estudiosos da ciência penal passam a tratar da legalidade como uma *conditio sine qua non* para a concretização da segurança jurídica e proteção do cidadão frente ao arbítrio estatal.

Posteriormente no século XIX, com Feuerbach, autor do livro *Tratado de Direito Penal* (1801), nasce a moderna ciência do Direito Penal na Alemanha. Feuerbach inicialmente se filia ao imperativo categórico kantiano, entendendo que a sanção era uma medida retributiva; posteriormente muda seu pensamento, passando a tratar a pena como uma medida preventiva, elaborando a partir disso a teoria da “coação psicológica”, de concepção determinista. Feuerbach também defende fervorosamente o princípio da legalidade, elaborando um brocardo latino que é utilizado até os dias atuais, e que se tornou símbolo de expressão deste princípio: *nullun crimen, nulla poena sine lege* (BITENCOURT, 2000, p. 53).

Desde então, o princípio da legalidade passa a ser adotado na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais, surgindo pela primeira vez na legislação penal brasileira no Código Criminal de 1830 (PIERANGELLI, 1980, p. 167). A vigente Parte Geral do Código Penal brasileiro também prevê a exigência da legalidade no seu artigo 1º. Nossa Constituição Federal, no inciso XXXIX do art. 5º, elege o princípio como um direito fundamental do indivíduo.

## 2. O princípio da legalidade e os tipos penais abertos: início da discussão

O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui, nos dias atuais, uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal, servindo como um instrumento de proteção do princípio da segurança jurídica. A partir da universalização deste princípio, pode-se afirmar que a elaboração de normas incriminadoras e não-incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhuma conduta pode ser considerada crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato, exista uma lei definindo-o como delito e cominando-lhe a sanção correspondente (anterioridade da lei penal). A principal justificativa para que o princípio da legalidade tenha a força que tem, encontra-se no fato de que existem direitos inerentes às pessoas humanas que não são nem precisam ser outorgados pelo Estado, ou seja, é completamente inviável a vida em sociedade se os cidadãos quedarem adstritos aos caprichos e às arbitrariedades estatais. As leis penais criadas em face da exigência do princípio da legalidade são definidas como a principal fonte formal ou de exteriorização do Direito Penal, isto é, através da lei penal é possível dar ciência e exigir de toda a sociedade o seu devido cumprimento.

Ocorre que mesmo com a necessidade do princípio da legalidade, alguns institutos elaborados e estudados pela ciência penal padecem de sérias dificuldades para se enquadrarem no referido princípio. Esta situação ocorre, por exemplo, com os tipos penais abertos. Os *tipos penais abertos* são aqueles em que a tipicidade só pode ser avaliada com o auxílio de outro tipo, chamado tipo penal de extensão ou tipo secundário, ou de um critério de extensão. Pode-se indicar como exemplos de institutos supostamente violadores do princípio da legalidade: a norma penal em branco, os crimes culposos e os crimes comissivos por omissão (omissivos impróprios).

Por que isso ocorre? A título de elucidação analisar-se-á algumas características dos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, para se entender as razões para que sejam estudados diuturnamente pelos doutrinadores penais.

A conduta humana para o Direito Penal pode ser, quanto ao elemento subjetivo e normativo, dolosa ou culposa; e, em relação à forma de execução, comissiva ou omissiva. A conduta dolosa é aquela em que o agente age com a intenção ou assume o risco de produzir o resultado (consumação)<sup>1</sup>. A conduta culposa ocorre com a quebra do dever objetivo de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia), causando um resultado penalmente relevante<sup>2</sup>.

Por outro lado, a conduta humana será comissiva quando for praticada por meio de uma ação (comportamento positivo); e omissiva quando for realizada por meio de uma omissão (comportamento negativo). As condutas omissivas são divididas em omissão própria e omissão imprópria (comissivos por omissão). Na primeira modalidade, o agente tem o dever legal de agir. Por exemplo, no crime de omissão de notifi-

---

<sup>1</sup> Art. 18, I do Código Penal.

<sup>2</sup> Art. 18, II do Código Penal.

cação de doença (art. 269 do Código Penal<sup>3</sup>), o médico tem a obrigação de comunicar com as autoridades sanitárias a existência de determinadas doenças no prazo previsto pela norma complementar<sup>4</sup>. Deixando de agir intencionalmente no prazo previsto, o médico responde pelo delito. Os tipos penais dos delitos omissivos próprios têm as seguintes características principais: a) tipologia própria; b) inexigibilidade de resultado naturalístico, isto é, são delitos de mera conduta; e, c) o poder de agir do agente e a evitabilidade do resultado.

A outra modalidade de crimes omissivos são os comissivos por omissão ou omissivos impróprios. Para doutrina majoritária, estes delitos não têm tipologia própria, por isto exigem uma norma penal de extensão (art. 13, § 2º do Código Penal) aplicada conjuntamente com o tipo do delito que o agente visa realizar, para que a adequação típica possa ocorrer (adequação típica mediata). Nos crimes omissivos impróprios, o agente tem o dever de agir e de evitar o resultado, o que faz com que seja exigida uma obrigação por parte do sujeito ativo, que não é extensível a qualquer pessoa. Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 537) afirmam que não é apenas uma obrigação jurídica de evitar o resultado, mas, sim, um dever especial de garantia do sujeito ativo em face do sujeito passivo. O rol desses indivíduos que têm esse dever de agir ou dever especial de garantia é trazido pelo art. 13, § 2º do Código Penal, que define a função dos garantidos ou garantidores. Diz assim o dispositivo:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A grande crítica existente para uma corrente minoritária da doutrina é que o tipo penal acima é inconstitucional, pois viola o princípio da legalidade ou da reserva legal, por tratar-se de um tipo penal aberto, no qual a definição do que é o garante é bastante ampla, permitindo excessivo arbítrio judicial para o enquadramento do agente nesta condição. Sobre a amplitude não permitida e a inconstitucionalidade da definição legal de garantidor, comentam Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 541-542):

Cria-se, com isso, uma questão extremamente séria porque, por um lado, é verdade que é praticamente impossível prever todas as hipóteses em que o autor se encontra numa

---

<sup>3</sup> Art. 269 do Código Penal – Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

<sup>4</sup> O tipo penal do art. 269 do Código Penal é definido como uma norma penal em branco em sentido lato e estrito, pois é complementado por leis ordinárias e também por normativas do Ministério da Saúde. Esta administrativização do Direito Penal, ao aceitar a aderência de textos normativos de natureza jurídica diversa da lei em sentido estrito, é considerada como um dos maiores riscos ao princípio da legalidade.

posição jurídica tal, que a realização de uma conduta distinta da devida seja equivalente à realização de uma conduta causadora do resultado típico; mas, por outro lado, também é verdade que a segurança jurídica sofre um sério menosprezo com a admissão dos tipos omissivos não expressos. Tem-se a impressão de que o princípio da legalidade passa a sofrer uma importante exceção, embora, de outra parte, também se tenha a impressão de que a admissão dos tipos omissivos impróprios não expressos não faz mais do que esgotar o conteúdo proibitivo do tipo ativo, que de modo algum quis deixar certas condutas fora da proibição. Nesse último sentido, parece quase óbvio que quando o CP comina com pena gravíssima a morte do pai, não quer deixar fora dessa tipicidade a conduta da mãe que, ao invés de estrangular seu bebê, o deixa morrer de inanição.

De qualquer maneira, com isso não pretendemos que se tenha esgotado todas as dúvidas que a doutrina ainda tem a respeito desse problema, particularmente quanto à sua constitucionalidade. Cremos que essa é uma das matérias em que a dogmática jurídica penal tem ainda aberta uma série de interrogações que é necessário seguir investigando.

Diante de tais explicações a partir do exemplo dos crimes omissivos impróprios, constata-se que a existência de tipos penais abertos cria uma insegurança jurídica, que é inadmissível no Direito Penal, em face do rigor que requer o Princípio da Legalidade. Desta feita, o estudo aprofundado das normas penais em branco, tipos omissivos impróprios e tipos culposos torna-se essencial para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da ciência penal como um todo, vez que eles permeiam vários de seus conceitos e institutos fundamentais. Por isto é importante a análise da (in) constitucionalidade dos tipos penais abertos, que englobam todos aqueles institutos.

### **3. Considerações teóricas a respeito da (in) constitucionalidade**

Para que o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>5</sup> desempenhe suas principais funções, que são a garantia da lei penal, segurança jurídica e a individualização das cominações penais, ele precisa ser desdobrado em quatro outros princípios que devem ser aplicados concomitantemente (TOLEDO, 1994, p. 30):

- a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia;*
- b) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta;*
- c) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scricta;*
- d) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa.*

A *lex praevia* significa a proibição de edição de atos normativos que criem crimes e estabeleçam condutas, além de trazer a exigência da anterioridade da lei penal. A *lex scripta* significa a proibição da fundamentação ou do agravamento do fato e da punibilidade pelo direito consuetudinário. A *lex scricta* proíbe a fundamentação ou o

---

<sup>5</sup> Brocardo latino que expressa o princípio da legalidade ou da reserva legal.

agravamento do fato e da punibilidade pela analogia (*analogia in malam partem*). A *lex certa* refere-se à proibição da edição de leis indeterminadas. A combinação de todos estes princípios vinculados ao princípio da legalidade permite o seu conhecimento integral e a plenitude dos seus efeitos jurídicos na aplicação das normas penais.

Em virtude da essencialidade do princípio da reserva legal para a ciência penal, a doutrina penal uniformemente aponta a lei, em sentido estrito, como a sua principal fonte de exteriorização. Destaca-se, porém, que apesar de a lei ser a fonte primária ou direta do Direito Penal, outras fontes podem ser aplicadas a este, desde que tenham como função beneficiar a situação jurídica do acusado. Os costumes, os princípios gerais de direito e a analogia são fontes secundárias ou indiretas, e somente são aplicáveis ao Direito Penal não-incriminador no caso de ausência de previsão legal (função de integração). Temos como exemplo de aplicação integrativa dos princípios gerais de direito na lacuna da norma penal não-incriminadora, o *consentimento do ofendido*<sup>6</sup>. A autonomia da vontade é um princípio geral de direito derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, que permite que o indivíduo possa dispor de alguns bens jurídicos, como, por exemplo, a honra, a liberdade sexual ou o patrimônio.

A lei penal é definida como a fonte originária da norma penal<sup>7</sup>. No estudo das normas penais encontramos três espécies, que assim são classificadas: normas penais incriminadoras, normas penais não-incriminadoras ou permissivas e normas penais complementares ou explicativas. As *normas penais incriminadoras* estabelecem a conduta e a sanção. As *normas penais permissivas* são aquelas que trazem algum benefício ao agente (ex.: excludentes de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade). Por fim, existem as *normas penais complementares* ou *explicativas*, que esclarecem o conteúdo de outras normas ou delimitam o âmbito de sua aplicação (ex.: art. 4º do Código Penal que define o tempo do crime). Dentro das três modalidades de normas penais é possível encontrar os *tipos penais abertos*<sup>8</sup>, que serão confrontados em nosso estudo com o princípio da legalidade.

O *tipo penal* é definido como a descrição abstrata do comportamento proibido, permitido ou explicativo com todas as suas características subjetivas, objetivas, descritivas e normativas.

Considerável parte da doutrina aponta uma tripla função para o tipo penal, que é considerado como o corolário do Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal: a) *indiciária*; b) *garantidora*; e, c) *diferenciadora do erro*.

<sup>6</sup> Uma parte da doutrina entende que o consentimento do ofendido em sua natureza jurídica é excludente de antijuridicidade (finalismo), a outra que é uma excludente de tipicidade (funcionalismo).

<sup>7</sup> Destacamos que o Código Penal não é a única fonte de origem das normas penais, pois encontramos-as em textos legais que contêm conteúdo predominante de outros ramos do Direito, como, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, que tem um título dedicado à previsão dos crimes contra as relações de consumo.

<sup>8</sup> Quando se fala em tipo penal e norma penal está se tratando de institutos sinônimos; porém, às vezes, são comentados em contextos teóricos diferentes.

a) *Função Indiciária*. O tipo penal delimita a conduta penalmente ilícita. O fato de uma ação ser típica indica a probabilidade de sua antijuridicidade. Bitencourt, citando Mayer (2000, p. 260), afirma que a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, ou seja, a adequação típica (fato-tipo) faz surgir o indício de que a conduta também é antijurídica. O fato típico somente não será antijurídico quando estiver presente uma excludente de ilicitude (ex.: legítima defesa ou estado de necessidade). Já em relação à função indiciária encontramos o primeiro problema relativo aos tipos penais abertos, visto que eles enfraquecem a função indiciária por não conterem a descrição completa da conduta ilícita, o que dá margem ao questionamento de sua potencial violação ao princípio da legalidade.

b) *Função de garantia*. O tipo penal é manifestação expressa do princípio da legalidade e, conseqüentemente, do princípio da segurança jurídica. A reserva legal e a exigência de sua anterioridade garantem ao cidadão o conhecimento prévio das condutas ilícitas, e afasta qualquer possibilidade de sanção para um comportamento que não esteja previamente estabelecido.

Bitencourt (2000, p. 260), a respeito desta função exercida pelo tipo penal cita Claus Roxin e Heleno Fragoso, que assim abordam a questão do tipo como garantia:

Nesse sentido, apoiando-se em Lang-Hinrichsen e Engisch, Claus Roxin definiu o conceito que abrange todas as circunstâncias a que se refere o princípio *nulla poena sine lege* como “tipo de garantia”. Heleno Fragoso afirmava, no entanto, que “não há um tipo de garantia. A garantia resulta da função do tipo em face do princípio da reserva legal, pois ele contém a descrição da conduta incriminada, a que o fato deve necessariamente ajustar-se”.

Note-se que esta função garantista do tipo penal também queda debilitada no caso dos tipos penais abertos, pois seu conteúdo indeterminado depende de outro tipo ou critério de extensão para ser completado. Esta incerteza referente ao tipo penal coloca em risco o princípio da legalidade.

c) *Função diferenciadora do erro*. O dolo do agente deve abranger no plano concreto todos os elementos do tipo penal. Uma vez praticando a conduta e havendo o desconhecimento de alguma das circunstâncias fáticas que constituem o tipo, a conduta do agente pode ser completamente afastada, em face do erro de tipo essencial, que sempre exclui o dolo. Existem na doutrina, independentemente da corrente de pensamento, várias classificações e espécies de tipos penais.

Nosso objetivo, entretanto, não é o de estudar todas elas, mas especificamente a respeito dos *tipos penais abertos*, traçando suas características principais e desdobramentos teórico-práticos. Antes, porém, é preciso diferenciar os *tipos penais abertos* e os *fechados*, que são duas categorias que tratam a respeito da extensão do conteúdo do tipo penal. Os *tipos fechados* são aqueles em que a lei descreve por completo a conduta proibida ou permitida (ex.: art. 121. *Matar alguém* – Pena, reclusão, de seis a vinte anos). Os *tipos abertos*, por sua vez, são aqueles em que a tipicidade só pode ser avaliada com o

auxílio de outro tipo, chamado tipo de extensão / tipo secundário ou por um critério de extensão (exs. Código Penal: Parte Geral: art. 13, § 2º; art. 18, II / Parte Especial: art. 155; art. 184). O tipo penal aberto, portanto, padece sempre de uma indeterminação relativa.

Na introdução, afirmamos que os crimes omissivos impróprios dependem na maior parte deles de complementação de uma norma penal de extensão que está prevista no art. 13, § 2º do CP<sup>9</sup>. Assim, para que a mãe que matou seu filho de inanição possa ser penalmente responsabilizada é necessária a aplicação conjunta do art. 121 (homicídio doloso) com o art. 13, § 2º, “a” que estabelece que será garante aquela pessoa que *tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*. A mãe tem o dever legal previsto no Código Civil de prover sua prole das necessidades básicas, por isto responderá pelo homicídio doloso de seu filho como resultado do nexos normativo ou de evitação estabelecido entre o art. 121 e o art. 13, § 2º, “a” ambos do Código Penal.

O cerne da discussão nos crimes comissivos por omissão está na norma penal de extensão que define a condição especial de garantidor, por supostamente infringir o princípio da legalidade ou da reserva legal. Em determinadas situações, o operador do direito não tem dificuldades em verificar se existe ou não a obrigação legal, como, por exemplo, ocorre no caso do dever de cuidado, proteção ou vigilância. O problema é que em outros momentos não há uma delimitação clara por causa da amplitude do texto legal do dispositivo, abrindo um excessivo espaço para o arbítrio judicial, no qual o juiz, de acordo com seu entendimento, determina se o agente no caso concreto é ou não garante. Tal situação cria uma grande insegurança jurídica.

Outra espécie de tipo penal aberto são os tipos que descrevem os crimes culposos, que dependem obrigatoriamente da norma de extensão descrita no art. 18, II do Código. Por exemplo, o parágrafo 3º do art. 121 do Código Penal (homicídio culposo) assim está expresso: *Se o homicídio é culposo – Pena - detenção, de um a três anos*. A redação do homicídio culposo é sucinta, não expressando claramente do que se trata essa forma de matar alguém. No estudo do tipo penal culposo verifica-se que este é composto por alguns elementos objetivos e subjetivos, que são imprescindíveis para sua configuração: *comportamento humano voluntário, positivo ou negativo; descumprimento do cuidado objetivo necessário manifestado pela imprudência, negligência ou imperícia; previsibilidade objetiva do resultado; inexistência da previsão subjetiva do resultado; resultado involuntário; tipicidade*. Somente com a junção do art. 121, § 3º e art. 18, II ambos do Código Penal, é possível a adequação típica e a punição do agente pela prática de homicídio culposo. Isto significa que o homicídio culposo é o *matar alguém como consequência de uma conduta negligente, imprudente ou imperita*.

Os crimes culposos também são definidos como tipos penais abertos, pois dependem da aplicação de uma norma de extensão prevista no art. 18, inciso II do CP.

---

<sup>9</sup> Entendemos que existem alguns tipos penais omissivos impróprios expressos na parte especial do Código Penal e também na legislação especial, que não dependem da aplicação do art. 13, § 2º do Código Penal (ex.: prevaricação – Art. 319 do Código Penal: *Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*) (grifo nosso).

Em relação a estes tipos, também existem sérias críticas, alegando-se uma possível inconstitucionalidade por violação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, em face da indefinição das expressões *imprudência*, *negligência* e *imperícia*.

Por sua vez, as normas penais em branco são aquelas de sanção determinada e conteúdo indeterminado. Em relação a estas normas também pairam dúvidas sobre sua constitucionalidade, por dependerem de uma complementação trazida por outra norma de mesma fonte material e formal (em sentido amplo) ou por outra norma ou ato normativo de diferente fonte material e formal (em sentido estrito). As normas penais em branco também são consideradas como tipos penais abertos, porque exigem complemento. O exemplo clássico trazido pela doutrina de norma penal em branco é o art. 33, da Lei n.º 11.343/06, que trata do crime de tráfico de drogas, em que se afirma que a droga envolvida em qualquer das condutas típicas *não é autorizada ou está em desacordo com determinação legal ou regulamentar*. O tipo penal em tela não traz o rol destas substâncias, exigindo a utilização de uma norma complementar, oriunda de normativas do Ministério da Saúde para a sua efetiva incidência.

Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 50-51) analisando as normas penais em branco, assim se expressa sobre as consequências trazidas por elas no ordenamento jurídico penal:

*As leis penais em branco* exprimem a tendência moderna de *administrativização* do Direito Penal, com transferência de poderes punitivos a funcionários do Poder Executivo, ou a modalidades inferiores de atos normativos (Decreto, Resolução etc.), com os seguintes problemas:

a) primeiro, um problema político: a transferência da competência legislativa para definir a *conduta proibida* 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.

b) segundo, um problema prático – porque a inconstitucionalidade da *lei penal em branco* não exclui sua eficácia concreta enquanto integrar a legislação penal: definir se o complemento posterior *favorável* ao autor (por exemplo, a doença foi excluída do catálogo) é retroativo ao fato realizado na vigência de complemento anterior *prejudicial* ao autor (na época do fato, a doença constava do catálogo) (SANTOS, 2007, p. 50-51).

Diante das palavras de Juarez Cirino, encerramos a discussão inicial deste primeiro artigo sobre o tema, expondo que as normas penais em branco também são submetidas aos questionamentos concernentes à sua inconstitucionalidade, visto que também se caracterizam por uma potencial violação do princípio da legalidade.

### 3. Conclusão

Concluimos este primeiro artigo relativo ao tema<sup>11</sup>, entendendo que dentro do contexto dos três institutos abordados (norma penal em branco, tipos penais culposos e crimes omissivos impróprios), o estudo dos tipos penais abertos e seus reflexos sobre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, independem da corrente teórica consultada, tendo fundamental relevância para o desenvolvimento da ciência jurídica penal, por ser uma temática que comporta inúmeros questionamentos, e ainda permite o conhecimento de inúmeras concepções teóricas e práticas para aqueles que aceitam o desafio de pesquisá-la profundamente.

*Helvécio Damis de Oliveira Cunha* é doutorando em Educação pela Universidad de la Empresa (Montevideu-Uruguai), Mestre em Direito das Relações Sociais (subárea de Direito Penal) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Professor Assistente nível 2 na Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia. e-mail: h.damis@terra.com.br

### Referências bibliográficas

BIERRENBACH, S. *Crimes Omissivos Impróprios: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITENCOURT, C. R. *Manual de direito penal: parte geral* 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, v.1.

BONACENSA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Flórido de Angelis. Bauru-SP: EDIPRO, 1993.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de dezembro de 1940, 31 de dezembro de 1940: parte geral com redação determinada pela Lei 7.209, de 1984: Código Penal*. Org. Luiz Flávio Gomes. 4. ed., atual. até 31.12.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, B. *Instituições de direito penal*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. v. I : t. I.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito penal*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. v. II: t. II.

DEMO, P. *Metodologia científica em ciências sociais*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

---

<sup>11</sup> Destacamos como primeiro artigo, pois a temática será objeto de uma profunda pesquisa por nós realizada e que culminará na elaboração de outros textos a respeito do assunto abordado.

GONZÁLES REY, F. *Pesquisa qualitativa e subjetividade: os processos de construção da informação*. Trad. Marcel Aristides Ferrada Silva. São Paulo: Thomson, 2005.

JAKOBS, G. *Ação e omissão no direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *A imputação penal na ação e na omissão*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003.

JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1978.

JESUS, D. E. de. *Direito penal: parte geral*. 23 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Código penal adotado*. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito penal: parte especial*. 11 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, v.4.

LAKATOS, E. M; MARCONI, M. A. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório; publicações e trabalhos científicos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 CP*. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, E. M. *Direito penal*. atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 3 ed., rev., atual., ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIERANGELLI, J. H. (coord.). *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru-SP: Jalovi, 1980.

PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PUIG, S. M. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, J. C. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SILVA, A. M.; PINHEIRO, M. S. F.; FREITAS, N. E. *Guia para normalização de trabalhos técni-*

*co-científicos*: projetos de pesquisa, monografias, dissertações e teses. Uberlândia-MG: EDUFU, 2003.

TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: ILCP, 1996.

TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a lei n. 7209 de 11-7-1984 e com a constituição federal de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. 11 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 4 ed. rev. São Paulo: RT, 2002.