

A PROBLEMÁTICA DOS TIPOS PENAIS ABERTOS NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Letícia Bürgel¹

Sumário: Introdução; 1. A Sociedade do Risco e a Expansão do Direito Penal; 2. Análise crítica das consequências da expansão do direito penal; 3. O elemento normativo do tipo no direito penal aplicado. Análise de jurisprudência; 3.1. O crime de gestão temerária 3.1.1. Análise dogmática; 3.1.2. Análise jurisprudencial; 3.2. O crime de ato obsceno; 3.2.1. Análise dogmática; 3.2.2. Análise jurisprudencial; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO



direito penal foi, por muito tempo, visto apenas sob um viés positivo, objetivista. A prova de tal fato são as tentativas de cientificização do direito penal no século XIX por meio das teorias causalistas, onde se procurava retirar do direito e penal e de suas categorias todo e qualquer juízo de valor, fazendo com que ele fosse composto, ao menos no que diz respeito à tipicidade, apenas de critérios objetivos, sob pena de não se poder falar em uma ciência do direito penal.

Tal forma de compreender o Direito Penal foi chamada pela doutrina de positivismo jurídico. O positivismo jurídico

¹ Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2016 - atual). Bolsista CAPES. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2016). Bolsista de iniciação científica (2013-2016). Coordenadora Adjunta da Revista de Estudos Criminais. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila. Pesquisadora.

teve como seus principais representantes Binding e von Liszt. Contudo, ambos distinguiram-se uma vez que na perspectiva de von Liszt não se interessava pela realidade jurídica, mas sim apenas pela realidade empírica, fundada no naturalismo.²

No entanto, com o passar do tempo essa visão começa a mudar. Movimentos como o finalismo de Welzel fazem com que, cada vez mais, a tipicidade, bem como outras categorias, passem a ser compostas por elementos normativos, abrindo a porta a possibilidade de valoração. Segundo a doutrina finalista, os fatos não possuem apenas uma dimensão física-naturalística. Possuem, ademais, um significado valorativo. Dessa forma é com o finalismo que nasce, de fato, uma concepção puramente normativa do Direito Penal.³

Assim, os tipos penais deixam de ser vistos apenas por um viés descritivo⁴ (positivo), onde não havia margem alguma para a interpretação, passando a ter, cada vez mais, elementos normativos, viabilizando, assim, a realização de juízos de valor em relação ao tipo pelo julgador.

Tal fato, sem dúvida, representa uma grande evolução para o Direito Penal. Contudo, essa abertura também traz consigo problemas para a dogmática penal contemporânea. Diante dessa possibilidade, o legislador deixa de ser demasiado preciso, de modo a proporcionar ao julgador a emissão de um juízo de valor

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal*. Parte Geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 231.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal*. Parte Geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 239s.

⁴ Segundo Figueiredo Dias: “Diz-se descritivos os elementos que são apreensíveis através de uma actividade sensorial, isto é, os elementos que referem aquelas realidades materiais que fazem parte do mundo exterior e por isso podem ser conhecidas, captadas de forma imediata, sem necessidade de uma valoração. São ainda considerados como descritivos os elementos que exigem já uma qualquer actividade valorativa, mas em que ainda é preponderante a dimensão naturalística. Assim, por exemplo, são elementos descritivos a *pessoa, a mulher grávida, o corpo, o automóvel*” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 288).

no momento da análise do fato. Assim, criam-se tipos penais imprecisos, os quais não se sabe o que o legislador queria dizer, fazendo com que o julgador atue em uma área demasiado nebulosa, sem conceituações precisas do que o tipo penal pretende enquadrar.

Surgem, assim, os chamados tipos penais abertos, onde a conduta descrita no tipo não é feita de forma completa, de modo que o juiz deve realizar um juízo de valor sobre o que o tipo penal dispõe. Nesses casos seria necessário, portanto, uma complementação dos elementos definidores do delito, de modo que o seu conteúdo não se esgotaria na mera descrição típica formal (lei).⁵

É fato que não se pode falar de um direito penal plenamente objetivo, desprovido de qualquer possibilidade de aferição de juízos de valor – um exemplo disso é a própria ideia de pessoa -, sob pena de termos um direito penal como o direito penal nazi-facista, autoritário e anti-democrático. No entanto, os espaços de normatividade do direito penal devem ser limitados com critérios, pois a falta dos mesmos faz com que o julgador tudo possa, dando assim um poder ilimitado aquele que julga o fato.

Essa falta de critérios se coloca como um problema e um desafio para o direito penal e para a dogmática penal contemporânea, especialmente com o surgimento do Direito Penal do risco, os qual traz consigo impactos profundos na forma de se ver o Direito Penal. Dessa forma, importante buscar critérios que limitem o nível de discricionariedade do julgador, de modo a definir com base em que ele deve pautar suas análises. A ausência

⁵ Figueiredo Dias refere como exemplo de tipos penais abertos os tipos omissivos impróprios e também os crimes culposos. Além dos elementos normativos constantes nos tipos penais dolosos, como é o caso, por exemplo, do termo “indevidamente”, “abusivamente” etc. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 290.)

de critérios faz com que ocorram diariamente julgamentos esdrúxulos, levando a inúmeras injustiças.

A dogmática penal deve, portanto, ocupar-se dos problemas mais profundos e centrais do direito penal, mas também não se pode fazer cega a respeito da realidade que a cerca, dos problemas que se colocam no dia-a-dia da sua aplicação. Cegar a dogmática penal é tirar dela a sua essência, é tirar dela o seu pensamento mais característico, o seu pensamento crítico, o seu pensar que reflete. É preocupar-se apenas com a solução de problemas, mas não com os problemas que advêm dessa solução.

Isso posto, o presente trabalho buscará observar como os tribunais tem lidado com as aberturas normativas que os tipos penais oferecem, de modo a tentar propor critérios para balizar essa abertura típica, limitando, assim, o poder dos julgadores em determinados casos. Para tanto, selecionou-se três tipos penais, o de lavagem de dinheiro, o de gestão temerária e o de ato obsceno, sob os quais iremos debruçar nossos estudos, tecendo considerações críticas a respeito do modo que os tribunais os tem enxergado e aplicado.

1. A SOCIEDADE DO RISCO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O surgimento da sociedade do risco é apontado como a anunciação do fim de uma sociedade industrial, de onde os riscos provinham de acontecimentos naturais, hipóteses em que o Direito Penal não poderia atuar, ou de ações humanas próximas e definidas, para as quais a clássica tutela penal de bens jurídicos individuais era suficiente. No entanto, com o fim dessa sociedade e o surgimento da sociedade do risco, fundada em uma sociedade tecnologicada, massificada e global, em que nos deparamos com riscos de níveis globais, o direito penal se vê desafiado, e o seu papel é colocado novamente em cheque.⁶

⁶ ALFLEN, Pablo. O rico da técnica de remissão das leis penais em branco no Direito

A titulação do termo “sociedade do risco” se atribui aos estudos de Ulrich Beck e Niklas Luhmann. Para Luhmann, a sociedade do risco (*Risikogesellschaft*) seria fruto da industrialização, a qual produziria diariamente novos perigos para os cidadãos, gerando, assim, um fomento pelo melhoramento das condições de segurança. Diante disso, o direito penal que antes era limitado à proteção de bens jurídicos, passa a fundar-se com base em uma lógica de punição, onde primeiramente se criminalizaria uma conduta, para depois desvalorá-la socialmente. Fazendo, assim, o caminho inverso do direito penal clássico.⁷

Nesse sentido refere Mascarenhas Júnior:

Assim se tem observado um gradual abandono do protótipo de uma sociedade industrial antiga, onde a tutela dos bens jurídicos basicamente se preocupava com a preservação dos bens de natureza eminentemente individual e clássico, como a vida, a saúde, o patrimônio etc., por uma sociedade altamente tecnológica e complexa que não se sente mais amparada pelos tradicionais meios de defesa que o Direito Penal sempre ofereceu. Agora, a sociedade se vê vulnerável a novos gêneros de ameaça, de naturezas muitas vezes difusas, de caráter coletivo e que por tais razões, impõem a criação de novos bens jurídicos relacionados ao meio ambiente, ao mercado de capitais, ao processamento de dados etc.⁸

Alflen aponta, então, três etapas para que se possa compreender a forma como as transformações na sociedade afetaram o Direito Penal. A primeira fase apontada por ele, diz respeito à sociedade liberal do século XIX, onde o risco assumia a forma de acidente, ou seja, tratava-se de um acontecimento exterior e imprevisto, fonte do acaso, individual e repentino. A segunda fase surge com a noção de prevenção, que seria “*a atitude coletiva, racional e voluntária que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (objetivável e mensurável)*.” Aqui,

penal da Sociedade do Risco. In: *Polít. Crim.* n. 3, 2007. A7. p. 1-21.

⁷ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 63s.

⁸ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 64.

o risco passa a ser uma figura do acontecimento estatístico objetivado pelo cálculo da probabilidade, que, no entanto, é socialmente suportado. Assim, segundo Alflen, o domínio científico do risco se junta com o jurídico: “*cada pessoa vê ser-lhe reconhecido um direito generalizado à segurança.*”

A terceira fase, a qual ao ver do autor seria a atual, em que se fala em riscos de grandes magnitudes, catastróficos e irreversíveis, que frustrariam nossa capacidade de prevenção e domínio, restando a nós apenas a incerteza. Seria a própria sociedade que se colocaria constantemente em risco. A decisão teria aqui um papel elementar, uma vez que a mesma seria o pressuposto de um risco, e o fato de vivermos em uma sociedade determinada pela escolha de decisões arriscadas faria com que a sociedade fosse orientada por riscos.⁹

A sociedade do risco impõe, assim, uma nova postura por parte do direito penal, o qual se vê desafiado a adequar-se a esta nossa sociedade. Assim, mostra-se necessária a criação de uma nova política criminal que abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e que aceite essa nova função que teria o direito penal, uma “*função promocional e propulsora de valores orientadores da ação humana na vida comunitária.*”¹⁰ Diante disso, o direito penal passa a reagir a realidade que lhe é imposta, pois percebe que não pode esperar que ocorram lesões à humanidade para que então intervenha. Percebe-se, portanto, que o direito penal deve ser acionado quando houver um contributo significativo para o potencial perigo que poderá, no futuro, acarretar um resultado lesivo, pois se assim não o fizer o direito penal não terá eficácia alguma.¹¹

⁹ ALFLEN, Pablo. O rico da técnica de remissão das leis penais em branco no Direito penal da Sociedade do Risco. In: *Polít. Crim.* n. 3, 2007. A7. p. 1-21.

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 135.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 136.

Essa nova postura do direito penal na sociedade do risco conduz ao abandono dos seus fundamentos, deixando-se de lado a noção de bem jurídico e a sua base de legitimação, passando-se a legitimar a intervenção penal com base na máxima eficiência do sistema em face da redução de danos.¹² A política criminal, surge, portanto, como uma ponte apara a inserção desses riscos para dentro do direito penal, buscando, por meio deste, prevenir as consequências que possam advir dos riscos e seus efeitos colaterais. Há, assim, uma demanda cada vez maior da sociedade por segurança, a qual é abalada pelos novos riscos com os quais nos deparamos, de modo que se entrega ao direito penal o papel de garantidor da segurança da sociedade atual, e da existência das gerações futuras.

2. ANÁLISE CRÍTICA DAS CONSEQUÊNCIAS DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal passa, então, a estar condicionado às exigências próprias da sociedade do risco. Há, assim, uma ampliação do sistema penal, passando-se a exigir dele não apenas uma função minimalista que consistiria na tutela de determinados bens jurídico dotados de dignidade penal, mas, sim, uma função promocional de valores orientadores vida em comunidade; valores que serviriam como garantidor das gerações futuras.

Tal fato implica, segundo Figueiredo Dias, uma alteração do modo de produção legislativa no que diz respeito à matéria penal, uma vez que se retira dos Parlamentos a reserva de competência neste domínio, atribuindo-se ao Executivo. Outra consequência dessa funcionalização do Direito Penal seria, segundo o doutrinador, a antecipação da tutela penal para estados prévios da lesão, correndo-se o risco de se perder a ligação entre aos

¹² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 139.

destinatários da normas, a conduta proibida e o bem jurídico tutelado; sem mencionar as alterações em nível dogmático, em que se atenuaria, ou até mesmo abandonaria, princípios básicos do direito penal, como a individualização da responsabilidade, a imputação objetiva e subjetiva, dentre outros.¹³

De pronto podemos questionar, em tom de crítica, se seria a função do Direito Penal apenas promover valores de uma sociedade. O Direito Penal pode ser tido como um mero objeto de política criminal voltado para a garantia de um futuro melhor? Deve o Direito Penal olhar para o futuro, ou deve ele olhar para o fato que aconteceu no passado?

Como consequência dessa função promovedora do Direito Penal, que visa proteger as gerações futuras, observa-se uma maior antecipação da tutela por parte do direito penal; o que antes era criminalizado apenas em casos de dano, passa a ter relevância jurídico penal quando cria um perigo. Há, portanto, uma ampliação no número de crimes de perigo, especialmente nos crimes de perigo abstrato, onde o bem jurídico não tem que estar dentro do raio da conduta do agente. Passa-se a rejeitar o Direito Penal de resultados, que atua de forma repressiva, ou seja, apenas após o dano, pois seria político criminalmente mais conveniente um Direito Penal que antecipa a proteção do bem jurídico e evita, portanto, o dano.

Essa ampliação do Direito Penal de mostra de forma clara em algumas últimas alterações legislativas. A nova Lei de Terrorismo, Lei nº 13.260 de 2016, é um exemplo claro da expansão do Direito Penal, e da sua antecipação de tutela, o que é perceptível no artigo 5º da Lei, que prevê a punição de atos preparatórios. Assim prescreve o dispositivo: “*Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado,*

¹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 138s.

diminuída de um quarto até a metade.”¹⁴

Outros exemplos de antecipação de tutela podemos encontrar no Anteprojeto de Código Penal, como, por exemplo, o artigo 394: “Art. 394. Deixar de prestar assistência ou socorro, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal, a qualquer animal que esteja em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – prisão, de um a quatro anos.”¹⁵, o tipo penal previsto no artigo 412: “Art. 412. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação sem licença ou registro da autoridade competente: Pena - prisão, de três meses a um ano.”, e o tipo penal previsto no artigo 413: “Art. 413. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais sem licença da autoridade competente: Pena - prisão, de seis meses a um ano”¹⁶¹⁷ (grifo nosso).

¹⁴ BRASIL. Lei nº 13.260 de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 de mar. de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

¹⁵ Um dos problemas que podemos apontar no que diz respeito ao artigo 394, que criminaliza a omissão de socorro a animal, é a imprecisão do tipo penal, na medida em que se atribui o dever de socorrer qualquer animal que esteja em perigo. Assim, podemos questionar se há o dever de socorrer o animal que não possui dono e está transitando na rua, pois se assim for, diversas pessoas poderiam ser enquadradas no respectivo tipo penal, uma vez que as grandes cidades são tomadas por cães de rua, pombas, ratos, dentre outros animais. Dessa forma, o fato de não se determinar quais animais deveriam ser socorridos amplia o tipo penal de forma a abarcar as mais absurdas condutas.

¹⁶ BRASIL. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>>. Acesso em: 19 set. 2016.

¹⁷ No artigo 412, temos a criminalização da venda de motosserra. Ora, não seria este tipo penal a antecipação da tutela penal a um ponto que sequer há ainda um *desvalor* da ação, pois ao nosso ver não há relevância penal o ato de vender uma motosserra. É claro que podemos perceber que a intenção do legislador é evitar o delito que virá ocorrer após a compra da motosserra, no entanto não nos parece que a conduta daquele

A criminalidade do risco teria, ao ver de Figueiredo Dias, três tendências político-jurídicas. A primeira delas seria a ampliação da tutela de bens jurídicos supra-individuais, ocasião em que o bem jurídico deixaria de ser o centro de gravidade do direito penal; a criminalização da inobservância de deveres de conduta e organização, desloca-se o Direito Penal do *desvalor* do resultado para o *desvalor* da ação; e a reconsideração do conceito de culpabilidade, com o intuito de abarcar as pessoas jurídicas.¹⁸

Observa-se, ainda, um aumento das leis penais em branco e de tipos indeterminados, o que amplia ainda mais a tutela penal, uma vez que não deixa claro os motivos do legislador. Aliado a isso, vemos ainda ao aumento de crimes formais, o faz com que o dano deixe de ter a importância que uma vez teve; o Direito Penal deixa, portanto, de ser um Direito Penal da lesão, e passa a ser um Direito Penal do risco.

O deslocamento do Direito Penal para o *desvalor* da ação traz consigo alguns problemas. Não que o *desvalor* da ação não seja relevante para a configuração do ilícito, mas, ao nosso ver, apenas a existência do mesmo não se mostra suficiente para a configuração de um ilícito penal. Para que possamos falar em ilícito penal é necessário, ademais, um *desvalor* do resultado, o qual consiste na lesão ao bem jurídico – lesão esta que estaria representada por meio do dano ou do perigo. Assim, o resultado, assim como a ação, seria, ao ver de D’Avila a pedra angular do ilícito penal.¹⁹

que vende uma motosserra tenha ofensividade para o bem jurídico em questão. Há uma antecipação demasiada do curso causal, o que remete a um tipo penal de mera ordenação, ou seja, trata-se não de um ilícito penal, mas sim de um ilícito administrativo. O artigo 413, por sua vez, é mais um exemplo da punição dos atos preparatórios, antecipando-se, novamente, a tutela penal.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007.

¹⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. *Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de*

Além disso, faz-se mister, ainda, que entre o *desvalor* da ação e o *desvalor* do resultado exista uma relação de essencialidade, de modo que se possa determinar a existência de um nexo entre ambos. Contudo, nota-se que alguns tipos penais têm como objeto apenas o *desvalor* da ação, inexistindo o *desvalor* do resultado, na medida em que a conduta em si não acarreta nenhum tipo de lesão a bem jurídico algum, não possuindo, assim, relevância para fins de direito penal, motivo pelo qual poderíamos questionar a validade desse tipo de norma, pois não abarcaria os elementos essenciais do ilícito-típico.

Nota-se, portanto, que o Direito Penal começa a se aproximar, cada vez mais, do direito administrativo, tomando para si tarefas que antes eram de outras áreas do direito e, diante da ineficiência, bem como do descrédito, dessas áreas, delega-se tudo ao Direito Penal na esperança de que ele poderia dar conta de tudo; de que o Direito Penal seria a solução para todos os problemas da sociedade, o que nos parece deveras equivocado. Dessa forma, questiona-se se a ampliação do direito penal abarcando, cada vez mais, ilícitos administrativos seria legítima.

A resposta a esse questionamento seria, ao nosso ver, negativa. De acordo com D'Avila, os interesses administrativos não podem configurar um bem jurídico penal, não sendo, portanto, substrato suficiente para o surgimento de uma incriminação. Para que se possa aceitar a existência de um ilícito-típico no âmbito do Direito Penal faz-se necessário dois níveis de valoração. O primeiro consiste em verificar a existência de um bem jurídico penal que será o objeto de proteção da norma; e o segundo consiste na verificação da existência de ofensividade como resultado jurídico da relação entre a conduta típica e o objeto de tutela da norma.²⁰

um direito penal de base onto-antropológica. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 51.

²⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de

Assim, ao ver de D'Avila, o Direito Penal teria como função a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal. Dessa forma, toda e qualquer incriminação que vá além dos limites da ofensividade não seria, a seu ver, um interesse político criminal legítimo. Nesse sentido, o autor critica aqueles que alegam a necessidade de prevenir ofensas a bens primários, coletivos e institucionais, em razão de uma necessidade político criminal, de modo que não seria necessária a existência de uma ofensa para que se configurasse o delito, pois a necessidade da existência do delito se fundaria na evitação da ocorrência de uma eventual ofensa a um bem jurídico.²¹

O ilustre Professor vai ainda mais longe, afirmando que a infração administrativa representa um ilícito no qual as características penais estariam presentes, no entanto, de forma mais branda. Assim, ele procura distinguir entre o bem jurídico do ilícito penal e o bem jurídico do ilícito administrativo. Para D'Avila, o bem jurídico do ilícito penal existiria independentemente da proibição, ao passo que o do ilícito administrativo dependeria da proibição para existir.²²

Nessa concepção não poderíamos conceber valores demasiadamente voláteis como, por exemplo, a segurança e a ordem, como elementos necessários para sua recepção como bens jurídicos legítimos, pois se tratam de conceitos omnicompreensivos, que abarcariam tudo, ou seja, conceitos de amplitude excessiva.²³ Dessa forma, segundo o entendimento de D'Avila,

um direito penal de base onto-antropológica. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 53s.

²¹ D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 74.

²² D'AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para uma distinção qualitativa. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 90s.

²³ D'AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para

não poderíamos falar em um ilícito penal legítimo sem ao menos uma possibilidade não insignificante de dano ao objeto jurídico da norma, ou seja, sem ao menos uma ofensa-de-cuidado-de-perigo. Nesse sentido, as normas de trânsito, por exemplo, não poderiam ser tidas como um ilícito penal, uma vez que a sua razão de ser reside em interesses de política criminal direcionados à obtenção de padrões comportamentais, tendo, ademais, um cunho pedagógico, sendo desprovidas de ofensividade.²⁴

3. O ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO NO DIREITO PENAL APLICADO. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

Como mencionado anteriormente, um dos objetivos do presente trabalho é verificar como os tribunais tem lidado com as aberturas normativas que alguns tipos penais oferecem. Dessa forma, para realizar esse estudo selecionamos dois tipos penais, o de gestão temerária e o ato obsceno, os quais serão analisados a seguir.

3.1. O CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA

3.1.1. ANÁLISE DOGMÁTICA

A gestão temerária consiste na condução dos negócios de forma a aumentar o risco que a atividade, de fato, teria causando, assim, prejuízos a terceiros.²⁵ Trata-se de crime formal, não

uma distinção qualitativa. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 99.

²⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para uma distinção qualitativa. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 101.

²⁵ Salienta-se que nos crimes de gestão fraudulenta e temerária não será qualquer pessoa que poderá praticá-los. Assim refere Pinheiro: "(...) por tratar-se de crimes espe-

sendo necessária a ocorrência efetiva de prejuízo para a configuração do tipo penal. Dessa forma, a mera atuação de forma arriscada, ou seja, o mero fato de colocar a instituição financeira em risco, seria suficiente para a configuração do delito.²⁶

O delito de gestão temerária está previsto no parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492 de 1986 assim dispõe:

Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. *Se a gestão é temerária:*

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. (grifo nosso)

A gestão temerária poderia ser ilustrada através dos seguintes exemplos:

(...) a realização de empréstimos sem as garantias de praxe do mercado, o perdão extremoso e inusitado de encargos de empréstimos, o financiamento de campanha política com recursos da Instituição Financeira, e até mesmo o trato contumaz com empresas sem qualquer confiança no mercado (...).²⁷

Sustenta-se que o que caracterizaria a gestão temerária seria a noção de “risco”. Contudo, assim como não se define o que seria uma conduta temerária, também não se define qual seria o risco tido como inaceitável em tais casos a ponto de configurar uma gestão temerária e, portanto, um ilícito penal. Muitas atividades comportam um risco elevado. O simples fato de pra-

ciais próprios cuja autoria remete à análise da posição hierárquica do agente na instituição financeira. Em linhas gerais, poderá ser autor de crime contra o sistema financeiro nacional aquele que for controlador ou administrador de instituição financeira, equiparando-se a este grupo de responsáveis o interventor, o liquidante ou o síndico.” (PINHEIRO, Ricardo Henrique Araújo. Os crimes de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira exigem habitualidade? In: *Boletim IBCCRIM*. n. 228, v. 19, 2011. p. 17.)

²⁶ OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. n. 16, v. 8, 2000. p. 141s.

²⁷ OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. n. 16, v. 8, 2000. p. 142.

ticar tais atividades, ainda que essenciais para a empresa, configurariam uma gestão fraudulenta? Qual seria o parâmetro para definir o grau de risco aceitável nesses casos?

Nesse sentido refere Pereira dos Santos:

A identificação de risco, para o direito – diferentemente da economia – é algo muito fluido, abstrato. O que alguns operadores do direito, em determinados casos verão como ‘risco desmedido’, outros entenderão como ‘risco inerente à operação’, ou ao ato. É notória a dificuldade e a subjetividade desta caracterização. Para os economistas o conceito de risco é algo calculado, com concretude. É diferente, para os especialistas desta área, identificar e limitar riscos, com o fim de caracterizar abusos e extrapolação por parte dos gestores de instituições financeiras.

Essa diferença decorre do fato de os economistas conseguirem delimitar, ou melhor, quantificar o “risco”. Existem conceitos específicos, técnico-científicos para definir risco em economia. Tal não ocorre no direito, como se verifica na jurisprudência pátria. Quando os autores usam os termos “risco excessivo” não estão se referindo a nenhuma fórmula específica, mas simplesmente remetendo a um conceito vago e impreciso, que por vezes se aproxima mesmo da idéia de “perigo”.²⁸

Feldens afirma que não é qualquer ato ilícito que possui aptidão para criar uma situação de risco de modo a verificar-se a adequação ao tipo penal. Para que se possa subsumir a conduta ao tipo penal é necessário que tais atos “levem à perda da confiança dos depositantes, ocasionando corridas bancárias e a subsequente insolvência de uma instituição financeira”.²⁹

Importante ressaltar, no entanto, que gestão temerária e gestão fraudulenta não são sinônimos. A gestão fraudulenta cria mais que um excesso de risco – como ocorre na gestão temerária. Na gestão fraudulenta o agente que pratica a conduta descrita no tipo a faz com dolo específico de dar aparência de legalidade a

²⁸ PEREIRA SANTOS, Polianna. Um estudo sobre o crime de gestão temerária à luz do princípio da legalidade estrita. In: *Athenas*. V. I, n.2, jul.-dez, 2012. P. 83.

²⁹ FELDENS, Luciano. *A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 86, v. 18, 2010. p. 183.

negócio ou situação jurídica que, na verdade, é ilegal.³⁰ Outra diferença entre elas é que na gestão fraudulenta “se pratica atos ardilosos e bem orquestrado para a efetivação oculta de negócio naturalmente ilegal”, ao passo que na gestão temerária há apenas a assunção de riscos excessivos e irresponsáveis em relação ao patrimônio dos correntistas, poupadores e investidores.³¹

Outro ponto problemático do tipo penal, é no sentido de identificar se apenas um ato seria suficiente para que a conduta do agente se enquadrasse no tipo, ou se seria necessária a prática reiterada de condutas tidas como temerárias para a configuração do delito. A respeito disso, concordamos com o posicionamento de Feldens, para quem esses delitos seriam acidentalmente habituais.³²

Nesse mesmo sentido se manifesta Pinheiro. Para ele, o fato do verbo nuclear do tipo ser o verbo “gerir” faz com que haja uma vinculação a prática de diversos atos, uma vez que a gestão de uma instituição financeira não estaria vinculada apenas à prática de um único ato isolado. Dessa forma, o ato de “gerir” deve ser visto “como a realização de atos de gestão inerentes ao exercício do cargo de administrador.”³³

Para Feldens, a única forma de delimitar o delito seria através da vinculação às diretrizes administrativas, pois estas vi-

³⁰ Importante ressaltar, que por mais que aparente, o crime de gestão fraudulenta não é um crime meio, ainda que seja sempre com o intuito de ocultar outro crime. (OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. n. 16, v. 8, 2000. p. 140.)

³¹ OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. n. 16, v. 8, 2000. p. 143.

³² FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 86, v. 18, 2010. p. 190.

³³ PINHEIRO, Ricardo Henrique Araújo. Os crimes de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira exigem habitualidade? In: *Boletim IBCCRIM*. n. 228, v. 19, 2011. p. 17

sam limitar o risco das operações realizadas nas instituições financeiras. Ele refere como exemplo o Bacen, que determina o cumprimento de limite de riscos previstos nos Acordos de Basileia, uniformizando a administração de riscos do sistema financeiro internacional. Essa seria, ao ver do autor, a forma para evitar que o juiz estabelecesse os critérios para a análise da geração ou não de risco, evitando, assim, a discricionariedade nos julgamentos.³⁴

Apesar da válida e coerente proposta de Feldens, entendemos que vincular a configuração de um ilícito penal a uma norma administrativa (ilícito administrativo) não seria o caminho mais correto a se seguir em um direito penal visto por uma ótica da ofensa a bens jurídicos.

3.1.2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Feita a análise dogmática do crime de gestão temerária, a qual é crucial para a realização de uma análise crítica da jurisprudência, faz-se imprescindível o avanço do presente estudo no sentido de verificar a forma pela qual tal tema tem sido tratado na jurisprudência pátria, como se dá o enfrentamento das problemáticas acima apontadas e quais os fundamentos utilizados nos julgados.

Após realizar a pesquisa de jurisprudência, notamos que os problemas aqui trazidos pouco são abordados pelos tribunais. Contudo, há, sim, uma discussão a respeito de alguns dos elementos dogmáticos do crime de gestão temerária. Como forma exemplificativa – diante dos inúmeros pontos abordados – colacionamos a Apelação Criminal n. 5003476-12.4.04.7000/PR, julgada pelo TRF4.³⁵ Trata-se de apelação interposta pela defesa

³⁴ FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 86, v. 18, 2010. p. 194s.

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Apelação Criminal nº 5003476-*

contra sentença condenatória em que se sustenta a inconstitucionalidade do tipo penal que prevê a gestão temerária, em razão de ser demasiado aberto, violando, portanto, o princípio da legalidade.

A tese defensiva de inconstitucionalidade foi, de pronto, afastada pelo Relator, o qual afirmou o seguinte:

É incontroverso que o conceito de "gestão temerária" exige, como toda e qualquer norma jurídica, interpretação para sua adequada aplicação, todavia, entendo que tal circunstância não torna equívoca ou dúbia a significação e extensão do tipo penal. Esse próprio Tribunal conta com inúmeros precedentes que delimitam com bastante precisão o conteúdo da conduta que se amolda com perfeição ao tipo penal e, inclusive, já rechaçou a tese da inconstitucionalidade. *In verbis*:

(...) 1. *Inexiste vício de validade perante a Carta Federal do art. 4º da Lei nº 7.492/86, porquanto tanto a "gestão fraudulenta" como a "gestão temerária" não causam divergências quanto ao seu entendimento, nem são questionadas diante dos princípios da legalidade e da segurança jurídica (TRF4, ACR nº 2003.71.00.077682-2, 7ª Turma, Des. Federal Tadaaqui Hirose, D.E. 04/03/2010).* 2. *Na gestão temerária o agente atua sem a prudência devida, em conduta abusiva, ultrapassando os limites da razoabilidade e assumindo riscos audaciosos.* 3. *In casu, a renovação de operações com liberação de novos recursos para cliente sem cadastro completo, sem limite de crédito estipulado e com histórico de inadimplência na instituição, constitui o delito descrito na opinio delicti.* 4. *Quanto às demais condutas perpetradas pelo agente, impõe-se a manutenção da absolvição.* 5. *Justifica-se a elevação da pena-base, haja vista o elevado valor do crédito temerariamente liberado pelo acusado - mais de 1 milhão de reais - não podendo tal quantia ser considerada resultado normal da prática delitiva. (TRF4, ACR 2004.70.00.032202-3, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 19/11/2012)*

12.4.04.7000/PR. Apelante: Edmundo Rodrigues da Veiga Neto; Lucio Alberto Hansel. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Leandro Paulsen. Porto Alegre, 15 de julho de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7453669&termosPesquisados=gestao%20temeraria|tipicidade>. Acesso em: 23 de mai. de 2017.

A respeito do risco, o Tribunal sustentou a necessidade de demonstrar de forma inequívoca que as escolhas realizadas pelo administrador teriam alta probabilidade de acarretar a ruína da instituição financeira. Sendo o crime de gestão temerária definido configurado, segundo relata o voto, “quando os administradores de instituição financeira, na condução dos respectivos empreendimentos, adotem posturas *demasiadamente arrojadas* a ponto de violar *limites prudenciais mínimos*”. (grifo nosso)

Outro ponto importante abordado diz respeito à necessidade da prática de um ou mais atos para a configuração do delito. O relator entendeu que a prática de um único ato seria suficiente para o reconhecimento do crime, contudo a prática de mais atos implicaria na consumação de um único delito, em razão da habitualidade.

Ao final do julgado, o Relator reconhece que, de fato, os réus teriam desrespeitado os ditames da Política de Investimentos da Fundação Alpha, o que acarretou a responsabilidade administrativa dos acusados. No entanto, ao longo da sua gestão, ainda que tenham infringido normas administrativas, os réus agiram com prudência, tomando os devidos cuidados ao realizar a gestão da instituição financeira. Em razão disso, o Tribunal reconheceu a atipicidade do delito de gestão temerária por se tratar de ilícito administrativo e não de ilícito penal.

Nota-se que, da mesma forma que a doutrina, a jurisprudência relaciona a gestão temerária à assunção de riscos audaciosos. O problema reside em determinar quais riscos podem ser reconhecidos como audaciosos. A princípio, entende-se que tal aferição ficaria a critério do julgador. O Relator parece caminhar no sentido correto ao procurar determinar o grau de risco necessário para a configuração do delito, pois o fato se afirmar que o risco de provocar a ruína de instituição financeira seja inequívoco acaba por limitar, de certa forma, os casos em que a conduta do administrador poderia ser subsumida ao tipo penal.

O problema aparece quando da tentativa de se definir o

que seria uma gestão temerária. Vincular o reconhecimento da gestão temerária à posturas demasiadamente arrojadas e à violação de limites prudenciais mínimos coloca inúmeros problemas de ordem dogmática.

O primeiro deles seria determinar o que consiste numa conduta demasiadamente arrojada. O adjetivo arrojado tem inúmeros significados, podendo, sim, significar uma indicação de risco, de temeridade, mas também significa coragem, destemor. Ao realizarmos uma pesquisa no dicionário foi possível encontrar 07 (sete) significados para arrojado, estando ele, inclusive, relacionado à ideia de desenvolvimento notável,³⁶ o que faz com que a sua definição já se torne nebulosa. Assim, cada julgador poderá escolher dentre as muitas possibilidades de definição do adjetivo qual irá ser aplicada no caso concreto, e se, portanto, será reconhecido o delito de gestão temerária.

Uma margem de discricionariedade como esta acarreta uma enorme insegurança jurídica, de modo que não se sabe mais que tipo de conduta será tida como temerária pelos tribunais. Tal fato causa um impacto considerável na prática das atividades dos gestores de instituições financeiras, limitando a sua liberdade de gestão e a realização de investimentos mais ousados.

Já os critérios da violação dos limites prudenciais mínimos nada mais é do que uma revitalização do critério do homem prudente, o qual já é considerado por grande parte da doutrina como equivocado e ultrapassado. A figura do homem prudente seria “un modelo ideal de conducta, normativamente construído, válido como pauta ideal de conducta para un determinado sector

³⁶ O significado de arrojado encontrado foram os seguintes: “1 Que se arrojou; que foi arremessado, lançado. 2 Que revela coragem, destemor; audaz, destemido, valentão, valente. 3 Que indica ou implica risco, temeridade; arriscado, perigoso, temerário. 4 Que age sob o impulso do momento; agitado, arrebatado, impetuoso. 5 REG (N.E., GO) Em que há muita afluência e agitação; animado, empolgado, movimentado: Baile arrojado. 6 REG (N.E.) Que apresenta desenvolvimento notável: Vilarejo arrojado. 7 REG (N.E.) Em que se encontra grande variedade de produtos; bem sortido.” Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=arrojado>>. Acesso em 23 de mai. de 2017.

del tráfico jurídico”. Contudo, questiona-se qual seria essa pauta ideal de conduta, a qual não pode, nem deve, ser feita de maneira geral, devendo-se levar em consideração as exigências e as valorizações do ordenamento jurídico em cada situação concreta.³⁷ Uma alusão genérica a um ser ideal se mostra demasiado imprecisa, uma vez que se atribui conhecimentos genéricos, sem considerar o homem no caso concreto. Além disso, por se tratar de um ser ideal, não há dúvidas que independentemente das condições em que ele pratica a conduta, a sua atuação será sempre impecável, ao passo que na vida real nem sempre se pode contar com esse tipo de situação.³⁸

Por fim, nos parece equivocado considerar que a mera prática de um único ato seria suficiente para configurar o delito de gestão temerária. Afinal, conforme já exposto no ponto anterior, uma gestão presume a prática de inúmeros atos, de modo que uma única conduta não seria passível de configuração do verbo nuclear do tipo, qual seja, o gerir.

3.2. O CRIME DE ATO OBSCENO

3.2.1. ANÁLISE DOGMÁTICA

O crime de ato obsceno encontra-se previsto no artigo 233, do Código Penal Brasileiro, o qual assim dispõe:

Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

³⁷ GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Atelier: Barcelona, 2007. p. 282.

³⁸ Nesse ponto Reyes Alvarado traz como exemplo o médico rural “que con ayuda de precarios recursos materiales debe emprender complicadas intervenciones quirúrgicas se le debería reprochar la creación de um riesgo desaprovado em cuanto el homúnculo habría desplegado una conducta irroproachable gracias a las condiciones óptimas de que idealmente siempre dispondría.” (REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed. rev. y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 116.)

A elementar típica do tipo penal é “ato obsceno”. Contudo, questiona-se, o que seria um “ato obsceno”. A doutrina muito pouco aborda a respeito desse tema, havendo uma lacuna enorme no que tange ao estudo desse tipo penal. Diante disso, não há dúvidas que tal conceito se torna demasiado nebuloso e indefinido.

O conceito do que pode ser obsceno é um conceito volátil, variando de acordo com o tempo, com o lugar e também de acordo com o espectador. Aquilo que pode ser tido como obsceno para uma senhora de 90 anos, pode ser visto como algo normal, natural, para um jovem de 20 anos. Narvaiz afirma que o tema “obsceno” tem uma referência sexual, assim ele refere:

(...) la lengua obscena es tanto con “impudico, torpe, ofensivo al pudor”, y pudor significa “honestidad, modestia, recato, ver-güenza honesta”, y la honestidad es “decencia, compostura y moderación en la persona, acciones y palabras”, tantas precauciones verbales no conducen a precisión alguna, sino a más contingencia. La obscenidad es un abanico que abarca todas las malas acciones humanas: todo nuestro Código Penal es una represión a la obscenidad, puesto que condena lo deshonesto, lo torpe y lo inmoderado.³⁹

Tendo em vista essa lacuna conceitual, alguns doutrinadores afirmam que o delito de ato obsceno seria, na verdade, um tipo penal inconstitucional, pois não se sabe o que é obsceno, de modo que a sua definição ficará sempre atrelada ao critério adotado pelo julgador no momento da análise do fato, não estando livre do juízo individual daquele que analisa o fato. Dessa forma, as convicções do julgador tornam-se determinantes da aferição da obscenidade do ato, de modo que a idade, o sexo, os preconceitos, a religião e os princípios morais daquele que julga serão, na maioria dos casos, os critérios orientadores para a definição de um ato como obsceno.⁴⁰

³⁹ NARVAIZ, Pedro Carlos. El concepto de la obscenidad y el art. 128 del código penal. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología: Argentina*. n. 1, 1971. p. 55.

⁴⁰ MARRAZZO, Laura Marcela. *Delito y pecado desde la perspectiva del delito im-*

Entendemos que o obsceno não pode estar vinculado apenas a critérios pessoais e morais. Não pode ser considerado como ato obsceno, portanto, uma conduta tida apenas como imoral. Confundir o obsceno com o imoral seria confundir o direito penal com a moral, o que ao nosso ver é inadmissível. O direito penal não tem como função proteger interesses morais, proibir condutas imorais, mas sim proteger bens jurídicos-penais de eventuais ofensas.

Dessa forma, a não ser que verificada a ofensa a um bem jurídico no caso concreto, não se poderá reconhecer uma conduta como um ilícito penal. Tal tarefa não se mostra nada fácil, pois se não é possível identificar o que consiste o ato obsceno que dirá identificar o bem jurídico tutelado no tipo penal. Sem dúvida alguma não se trata da liberdade sexual, pois o tipo penal em análise acaba, muitas vezes, restringido a liberdade sexual, uma vez que atrelado a juízo pessoais do julgador. Assim, aquilo que seria tido por alguns como dentro da liberdade sexual de cada uma, talvez não o seja pelo julgador e possa configurar o tipo penal.

Se vincularmos o conceito de ato obsceno ao sexual, poderíamos, talvez, reconhecer como subsumível ao tipo penal a conduta das prostitutas que ficam na rua com roupas curtas com o intuito de fazer programas. Sem dúvida, há na atitude delas um cunho sexual, contudo, tal conduta seria um ato obsceno? Para muitas pessoas sim, e é aqui que reside o grande problema da falta de conceituação e delimitação do tipo penal.

A doutrina pouco se ocupa a respeito do tema, não havendo grandes trabalhos que analisem de forma profunda os aspectos dogmáticos do crime, o que prejudica, ainda mais, as tentativas de sua delimitação, na medida em que não há referenciais teóricos que apontem os caminhos a serem tomados.

posible y de las llamadas exhibiciones obscenas. In: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal.* n. 11, v. 7, 2001. p. 528.

Não há qualquer discussão acerca do bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Não se sabe, portanto, se o bem jurídico tutelado é um bem jurídico digno da tutela penal, ou se é apenas um bem jurídico qualquer, que poderia ser tutelado em um ilícito administrativo sem maiores problemas. Nada se sabe a respeito da forma de ofensa que deve se manifestar, trata-se de crime de dano ou de crime de perigo? Se crime de perigo, de perigo abstrato ou concreto?

Entendemos, no entanto, que o bem jurídico tutelado no tipo penal seria a dignidade sexual, de modo que o ato praticado deve ofender a dignidade sexual da vítima. Ainda assim, tal definição permanece vaga. O que determinaria, na verdade, a subsunção da conduta ao tipo penal seria o princípio da ofensividade, sendo, portanto, necessário verificar no caso concreto se a conduta do agente criou, no mínimo, uma possibilidade de ocorrência de dano, ou seja, uma ofensa-de-cuidado-de-perigo, pois se não o fizer não há que se falar em ilícito penal em razão da inexistência de ofensividade.

Nota-se, portanto, que a criminalização do ato obsceno como consta em nosso Código Penal parece ser inconstitucional, pois a completa falta de conceituação de todo e qualquer elemento do tipo acarreta uma enorme insegurança jurídica. Dessa forma, toda e qualquer conduta que tenha um cunho sexual, ainda que mínimo, poderia ser enquadrada no tipo penal. Tal obscuridade infringe, sem dúvida alguma, o princípio da legalidade. Assim, diante da falta de descrição dos elementos típicos no tipo penal, deixa-se o reconhecimento da conduta típica a mercê da boa vontade do julgador, o qual terá a plena liberdade de conceber como ato obsceno o que ele bem entender.

3.2.2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O primeiro julgado, do Tribunal de Justiça do Rio

Grande do Sul, a ser analisado reconheceu a inconstitucionalidade do tipo penal ao julgar uma apelação criminal na qual o réu foi condenado em primeira instância. Assim referiu o relator:

Entendo por reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal, por traduzir violação ao princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), examinado este por uma de suas vertentes, ou seja, a taxatividade.

Acerca de tal questão Bittencourt aponta que “Para que o *princípio de legalidade* seja, na prática, efetivo, cumprindo a finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis e as sanções a elas cominadas, é necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas”.

Pois bem, o artigo 233 do Código Penal tipifica a conduta de quem “Praticar *ato obsceno* em lugar público, ou aberto ou exposto ao público”, sem que, contudo haja uma indicação do que possa ser considerado como *ato obsceno*, em tipo penal que, por excessivamente aberto, importa em violação à taxatividade. (...)

Ainda, impossível desconsiderar, nas coordenadas do caso concreto, a evidente falta de dolo no agir do acusado.

Nucci ao referir-se ao tipo penal do art. 233 do Código Penal salienta que o *ato obsceno* “há de ter uma conotação sexual”. Pois bem, o acusado, quando praticado o fato se encontrava, tal como apontado no Boletim de Ocorrência (fls. 05/06), “totalmente alcoolizado, sem condições de depor ou assinar”, apresentando ainda, conforme Boletim de Atendimento Médico de fl. 07, “Sinais clínicos de intoxicação aguda por álcool”.

Posto isso, voto por dar provimento ao recurso para absolver, fulcro no artigo 386, III, do CPP, o réu.

No mesmo contexto se insere o que foi relatado pelo Policial Militar Gabriel gomes Batista (fl. 37), dando conta de que “O réu estava em um alto grau de alcoolismo e não sabe dizer se estava entendendo o que acontecia”.

Por fim, a testemunha Vera Lucia (fl. 38), que presenciou o ocorrido, dique que “o réu estava embriagado, ele vivia embriagado”.

Não me parece possível, nesse contexto, quando estamos diante de um morador de rua, em constante estado de embriaguez, afirmar que ele *tinha a intenção de atingir o sentimento de recato ou a moral culturalmente valoradas pela sociedade*.

(grifo nosso)⁴¹

Apesar de nos parecer acertada a decisão do Tribunal em reconhecer a atipicidade da conduta do acusado é importante salientar alguns pontos da decisão. O primeiro deles seria o reconhecimento de que o crime de ato obsceno deve, necessariamente, ter um cunho sexual. Ainda que tal reconhecimento se mostre como uma tentativa de delimitação do delito, não há uma definição clara ao longo do julgado do que poderia ser considerada como uma conduta de cunho sexual.

O segundo ponto que nos chamou atenção foi uma tentativa de identificar no tipo penal um fim especial de agir, o qual seria a “intenção de atingir o sentimento de recato ou moral culturalmente valoradas pela sociedade”. A primeira pergunta – e a pergunta mais óbvia – é qual seria o significado da frase anteriormente referida, pois nos parece que ela tenta, mas não consegue exprimir qualquer sentido para fins de delimitação do tipo penal. Além disso, a frase vincula o tipo penal à moral, ao que se considera como recatado, o que é um grande problema na sociedade atual, pois o que muitas vezes é imoral e contrário ao conceito de recatado é uma expressão da liberdade sexual dos indivíduos. Dessa forma, vincular o reconhecimento de um ilícito penal ao recatado e à moral seria uma moralização do direito penal, uma invasão desproporcional e ilegítima da liberdade individual.

⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (TJRS). *Apelação Criminal nº 71006497952*. Apelante: Adriano Machado de Abreu. Apelado: Ministério Público. Relator: Luiz Antônio Alves Capra. Porto Alegre, 10 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versoao%3D%26versoao_fone-tica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71006497952%26num_processo%3D71006497952%26codEmenta%3D7230973+%22ato+obsceno%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71006497952&comarca=Comarca%20de%20Torres&dtJulg=10/04/2017&relator=Luiz%20Ant%20C3%B4nio%20Alves%20Capra&aba=juris>. Acesso em 24 de mai. de 2017.

Outro ponto nevrálgico detectado refere-se ao conceito de local público. Na Apelação Criminal nº 71006359160,⁴² julgada pelo TJRS os “réus” foram surpreendidos mantendo relações sexuais dentro de um banheiro em um cemitério municipal. Esse mesmo problema se apresentou na Apelação Criminal nº 70062075700,⁴³ em que a prática de uma das condutas imputadas ao autor ocorreu dentro do seu carro. A respeito da conceituação de local público, o Relator da Apelação Criminal nº 71006359160 assim referiu:

Conforme ensina Rogério Greco, para a configuração do tipo penal em questão, deverão estar presentes os seguintes requisitos: a) a conduta de praticar *ato obsceno*; b) em lugar público ou aberto ou exposto ao público. O referido autor também assevera que o ato pode ser levado a efeito de diferentes maneiras, mas sempre ligadas à expressão corporal do agente, *sendo*

⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (TJRS). *Apelação Criminal nº 71006359160*. Apelante: ISAIAS LOPES. Apelado: Ministério Público. Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin. Porto Alegre, 30 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fone-tica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71006359160%26num_processo%3D71006359160%26codE-menta%3D7133350+%22ato+obsceno%22++++&proxstylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71006359160&comarca=Comarca%20de%20Faxinal%20do%20Soturno&dtJulg=30/01/2017&relator=Luis%20Gustavo%20Zanella%20Piccinin&aba=juris>. Acesos em: 24 de mai. de 2017.

⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (TJRS). *Apelação Criminal nº 70062075700*. Apelante: S.M.R.N. Apelado: Ministério Público. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Porto Alegre, 22 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fone-tica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70062075700%26num_processo%3D70062075700%26codE-menta%3D7157109+%22ato+obsceno%22++++&proxstylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70062075700&comarca=Comarca%20de%20Montenegro&dtJulg=22/02/2017&relator=D%20C3%A1lvio%20Leite%20Dias%20Teixeira&aba=juris>. Acesos em: 24 de mai. de 2017.

suficiente que o ato tenha sentido sexual e fira o pudor ou a vergonha (sentimento de humilhação gerado pela conduta indecorosa).

Além disso, ressalta que “lugar público é aquele ao qual todos nós temos acesso, quase sempre, irrestritamente, como no caso das praças, ruas, avenidas, túneis, viadutos, parques, etc. Aberto ao público é aquele lugar que, embora com algumas restrição, o acesso ao público é permitido, como acontece com os cinemas, teatros, museus, igrejas etc. *Exposto ao público é aquele lugar em que, embora podendo ser considerado privado, é devassado a ponto de permitir que as pessoas presentes o que nele se passa, como acontece, por exemplo, com as varandas dos apartamentos, quadras de esportes existentes no interior dos prédios, onde todos os vizinhos têm acesso através de suas janelas, enfim, qualquer lugar, mesmo que privado, ao qual um número, ainda que limitado, de pessoas tenha acesso.*” Ainda, acresço às importantes lições acima, que o tipo penal previsto no art. 233 do CP, exige para sua caracterização o dolo, consistente na vontade de ofender o pudor alheio, e este não restou caracterizado no presente caso.

Isso porque, analisando as provas produzidas, conclui-se que a zeladora do cemitério ligou para o 190 porque ouviu gemidos vindos do banheiro. Contudo, em nenhum momento foi demonstrado o dolo na conduta do acusado, tampouco que sua conduta se deu com a finalidade de ofender a moralidade ou o recato das pessoas que eventualmente entrassem no local, tanto que nenhuma vítima foi arrolada como testemunha, nem mesmo a zeladora do cemitério para dizer se sentiu-se ofendida.

No caso acima exposto, os réus foram absolvidos por não terem sido vistos, mas sim apenas ouvidos, o Tribunal reconhecer a ausência de dolo. Contudo, o importante desse julgado é a definição de quais ocasiões poderá se considerar que o local em que houve a prática foi um local público, aberto ao público ou exposto ao público. Nota-se que o tipo penal determina um critério espacial demasiado amplo. Parece-nos absurdo poder considerar para fins de configuração do tipo penal a própria sacada ou janela do seu apartamento como local exposto ao público. Tal

fato é um invasão muito grande à privacidade do indivíduo, limitando, inclusive, o que ele pode, ou não fazer em sua própria residência.

A situação torna-se mais grave quando a mera geração de vergonha passa a ser elemento típico. Então aquele que se coloque na janela de seu apartamento gerando a terceiros qualquer tipo de situação na qual eles sintam vergonha já poderiam ser responsabilizados pelo crime de ato obsceno.

A possibilidade de se reconhecer como local exposto ao público a própria residência do autor acarretou na condenação do réu na Apelação Criminal nº 71006183008, ocasião em que o ato praticado se deu no pátio da sua residência, o que foi considerado pelo Tribunal como local exposto ao público.⁴⁴

O julgamento da Apelação Criminal nº 71005576129, se mostra como a mais acertada, das aqui analisadas. No caso em tela a ré teria mantido relações sexuais com terceiro em um banheiro público pelo valor de R\$ 20,00 reais. O relator entendeu que, apesar do delito ter ocorrido em local público, o local era fechado e não haviam outras pessoas presenciando o ocorrido. Diante disso, absolveu a acusada por entender necessária a demonstração do fim especial de agir, o que não teria sido configurado com a simples assunção de risco da conduta ser presenciada por terceiros. Salientou ainda que o fato da ré ter se despedido da cintura para baixo, bem como a prática do ato sexual,

⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (TJRS). *Apelação Criminal nº 71006183008*. Apelante: Adílio Deliberalli Apelado: Ministério Público. Relator: Edson Jorge Cecjet. Porto Alegre, 10 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fone-tica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71006183008%26num_processo%3D71006183008%26codE-menta%3D6997148+%22ato+obsceno%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71006183008&comarca=Comarca%20de%20Farroupilha&dtJulg=10/10/2016&relator=Edson%20Jorge%20Cecjet&aba=juris>. Acesso em: 24 de mai. de 2017.

não comprovaria que a mesma tinha intenção de exibir-se para eventuais transeuntes.

Por fim, afirmou que a instauração do processo penal em razão da suposta prática do crime de ato obsceno se mostrou excessiva, afrontando o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal.⁴⁵

CONCLUSÃO

Nota-se, portanto, que a complexidade da sociedade contemporânea desemboca em uma crise dos fundamentos das categorias tradicionais do Direito Penal. A criação dos tipos penais abertos coloca para o Direito Penal problemas no que diz respeito aos critérios a serem utilizados na sua definição. Dessa forma, diante da inexistência de critérios determinados, a jurisprudência lança mão do que bem entender, deixando-se a cargo do magistrado a eleição dos critérios a serem utilizados no momento da análise da subsunção da conduta ao tipo penal.

A fim de verificar os possíveis impactos dessa abertura normativa ilimitada, realizamos um estudo dogmático e jurisprudencial de dois tipos penais. O crime de gestão temerária e o crime de ato obsceno. Ao final deste trabalho, foi possível constatar tanto falhas dogmáticas como jurisprudenciais a respeito de ambos os delitos.

⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (TJRS). *Apelação Criminal nº 71005576129*. Apelante: Michele Rodrigues Correa. Apelado: Ministério Público. Relator: Luiz Antônio Alves Capra. Porto Alegre, 07 de março de 2016. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fone-tica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71005576129%26num_processo%3D71005576129%26codE-menta%3D6676202+%22ato+obsceno%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&num-Processo=71005576129&comarca=Comarca%20de%20S%20C%3%A3o%20Louren%20C%27o%20do%20Sul&dt.Julg=07/03/2016&relator=Luiz%20Ant%C3%B4nio%20Alves%20Capra&aba=juris>. Acesso em: 24 de mai. de 2017.

No que tange ao crime de gestão temerária verificou-se como problema central a definição do termo “temerária”, o qual possui diversos significados, de modo que o julgador poderia escolher dentre estes muitos significados qual mais o agradaria. Observamos que a doutrina relaciona a gestão temerária a noção de risco, contudo não há uma definição clara de quais riscos seriam tidos como inaceitáveis a ponto de configurar um crime. Outro ponto problemático que surge no estudo da gestão temerária diz respeito ao verbo nuclear do tipo, o “gerir”. Questiona-se se um único ato seria suficiente para a concretização de uma gestão temerária ou se seria necessária a prática de atos reiterados de gestão para a sua configuração.

A jurisprudência, por sua vez, tem utilizado critérios imprecisos, e até mesmo ultrapassados – como é o caso do homem prudente -, para determinar quais tipos de condutas serão tidas como temerárias. Em um dos julgados analisados busca-se determinar o *quantum* de risco deverá ser considerado para fins de configuração do ilícito penal, em que se sustenta a necessidade do risco inequívoco de ruína da instituição financeira. Embora tal critério também possa ser relativizado e analisado por diversas perspectivas, nos parece um caminho razoável e possível para uma maior determinação do tipo penal.

Ainda que a jurisprudência apresente alguns avanços na análise de alguns pontos do crime de gestão temerária, ela também comete alguns equívocos. O principal deles seria considerar que a prática de um único ato seria suficiente para a configuração do ilícito. Ao nosso ver tal postura é demasiada equivocada, uma vez que o ato de gerir pressupõe uma série de condutas, de modo que não seria correto considerar para fins de direito penal que uma única conduta inadequada possa, de pronto, configurar o tipo penal.

Os problemas dos tipos penais aberto se mostram de forma ainda mais clara e latente no crime de ato obsceno. A im-

precisão da elementar típica, qual seja, ato obsceno, é tão gritante a ponto da jurisprudência reconhecer, em alguns casos, a sua inconstitucionalidade em face da inobservância do princípio da taxatividade. O conceito de ato obsceno confunde-se inúmeras vezes com a moral, fazendo com que o Direito penal ocupe-se com condutas meramente imorais, as quais não possuem dignidade de tutela penal.

A tentativa de delimitação do ato obsceno ao sexual, ainda que procure eliminar certa discricionariedade do julgador, não se mostra suficiente, pois seria possível, mesmo utilizando a conduta sexual como critério, enquadrar no tipo penal condutas que não ofenderiam nenhum bem jurídico-penal. A doutrina pouco escreve acerca do tema, não havendo definições acerca do bem jurídico tutelado nesse tipo de crime, bem como a respeito da forma de ofensa em que o mesmo se manifesta.

Ao nosso ver o bem jurídico tutelado no tipo penal seria a dignidade sexual, de modo que o ato praticado deve ofender a dignidade sexual da vítima. Ainda assim, tal definição permanece vaga. O que determinaria, na verdade, a subsunção da conduta ao tipo penal seria o princípio da ofensividade, sendo, portanto, necessário verificar no caso concreto se a conduta do agente criou, no mínimo, uma possibilidade de ocorrência de dano, ou seja, uma ofensa-de-cuidado-de-perigo, pois se não o fizer não há que se falar em ilícito penal em razão da inexistência de ofensividade.

Na jurisprudência apresentam-se diversos problemas, como a definição de local público, aberto ou exposto ao público, havendo condenações de pessoas que teriam praticado supostos atos obscenos do interior de suas residências, determinando-se um critério espacial demasiado amplo. Parece-nos absurdo poder considerar para fins de configuração do tipo penal a própria sacada ou janela do seu apartamento como local exposto ao público. Tal fato é uma invasão muito grande à privacidade do indivíduo, limitando, inclusive, o que ele pode, ou não fazer em

sua própria residência.

Um dos julgados sustentou a necessidade da verificação de um fim especial de agir por parte do agente, o que parece um avanço na delimitação do tipo, contudo, o fim especial de agir seria “intenção de atingir o sentimento de recato ou moral culturalmente valoradas pela sociedade”. Tal fim além de incompreensivo vincula o direito penal, novamente, à moral, ao que se considera como recatado, o que é um grande problema na sociedade atual, pois o que muitas vezes é imoral e contrário ao conceito de recatado é uma expressão da liberdade sexual dos indivíduos.

O que se percebeu com a presente pesquisa é que a lacuna doutrinária a respeito dos temas junto ao fato dos tipos serem demasiado abertos, fazem com que a jurisprudência tenha em suas mãos o poder de decidir, de forma discricionária, a respeito da tipicidade, utilizando como balizas para a sua constituição o que bem entenderem. No entanto, acreditamos que essa discricionariedade deve ser orientada com base no princípio da ofensividade.

A ofensividade seria, portanto, a limitação aos tipos penais abertos. Somente poderíamos reconhecer a existência de ilícito penal se há um *desvalor* da ação e um *desvalor* do resultado, sendo este último a representação da ofensividade. Dessa forma, ainda que o agente haja de forma inadequada, é preciso analisar se a conduta dele gerou, no mínimo, uma possibilidade de dano, ou seja, uma mínima ofensa, uma ofensa-de-cuidado-de-perigo.

Essa análise deve levar em consideração todos os elementos disponíveis no momento do julgamento, considerando, portanto, o caso concreto, o sujeito concreto que praticou a conduta, e não situações hipotéticas ideias e homens prudentes ideais. Verificada a ausência de ofensividade, não teríamos *desvalor* do resultado, não havendo, portanto, ilícito penal, o que não significa que a conduta não possa ser objeto de reprovação em

outra esfera, mas significa que jamais poderá o ser na esfera penal.



REFERÊNCIAS

- ALFLEN, Pablo. O rico da técnica de remissão das leis penais em branco no Direito penal da Sociedade do Risco. In: *Polít. Crim.* n. 3, 2007. A7.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal*. Parte Geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para uma distinção qualitativa. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 86, v. 18, 2010.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007.
- GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Atelier: Barcelona, 2007.
- NARVAIZ, Pedro Carlos. El concepto de la obscenidad y el art. 128 del código penal. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología: Argentina*. n. 1, 1971.
- MARRAZZO, Laura Marcela. Delito y pecado desde la perspectiva del delito imposible y de las llamadas exhibiciones obscenas. In: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. n. 11, v. 7, 2001.
- MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.
- OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. n. 16, v. 8, 2000.
- PINHEIRO, Ricardo Henrique Araújo. Os crimes de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira exigem habitualidade? In: *Boletim IBCCRIM*. n. 228, v. 19, 2011.
- REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005.