



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



Andréa Walmsley Soares Carneiro

Direito Penal Econômico e erro de proibição: análise das discontinuidades e insuficiências da teoria do erro de proibição frente à distinção entre os *Delicta In Se* e os *Delicta Mere Prohibita*

Tese de Doutorado

Recife
2015

Andréa Walmsley Soares Carneiro

Direito Penal Econômico e erro de proibição: análise das discontinuidades e insuficiências da teoria do erro de proibição frente à distinção entre os *Delicta In Se* e os *Delicta Mere Prohibita*

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria da antijuridicidade e retórica da proteção penal de bens jurídicos

Linha de pesquisa: Linguagem e Direito

Orientador: Professor Doutor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Recife
2015

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

- C289d Carneiro, Andréa Walmsley Soares
Direito penal econômico e erro de proibição: análise das discontinuidades e insuficiências da teoria do erro de proibição frente à distinção entre os *Delicta In Se* e os *Delicta Mere Prohibita*. – Recife: O Autor, 2016.
181f.
- Orientador: Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.
Inclui bibliografia.
1. Direito penal econômico - Brasil. 2. Erro (Direito penal) - Brasil. 3. Tipo (Direito penal). 4. Direito penal - Brasil. 5. Culpa (Direito) - Brasil. 6. Controle da constitucionalidade. 7. Crimes e criminosos. 8. Pena (Direito) - Brasil. 9. [Responsabilidade penal](#). 10. [Prisões - Brasil](#). 11. [Direitos fundamentais](#). I. Cavalcanti, Francisco de Queiroz Bezerra (Orientador). II. Título.
- 345.810268 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2016-005)

Andréa Walmsley Soares Carneiro

“Direito Penal Econômico e Erro de Proibição: Análise das Descontinuidades e Insuficiências da Teoria do Erro de Proibição Frente a Distinção Entre os *Delicta In Se* e os *Delicta Mere Prohibita*”

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADA

Professor Dr. **Aurélio Agostinho da Bôaviagem** (Presidente)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Professor Dr. **Leonardo Henrique Gonçalves de Souza** (1.º Examinador externo/FADIC)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Professor Dr. **Walber de Moura Agra** (2.º Examinador externo/UNICAP)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Professora Dra. **Luciana Grassano de Gouvêa Mélo** (3.ª Examinadora interna/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Professor Dr. **Francisco Antônio de Barros e Silva Neto** (4.ª Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Recife, 26 de janeiro de 2016.

AGRADECIMENTOS

A Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, pela amizade, pela orientação e pelo exemplo;

À família, pelo apoio e pela colaboração permanentes;

Ao Ministério Público Federal, por propiciar o suporte à elaboração da tese;

A Miguel, pelo simples fato de sua existência.

RESUMO

CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. **Direito Penal Econômico e erro de proibição: análise das descontinuidades e insuficiências da teoria do erro de proibição frente à distinção entre os *Delicta In Se* e os *Delicta Mere Prohibita*.** 2015. 219 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

O objetivo da presente tese é compreender como se aplica a teoria do erro de proibição aos crimes econômicos em razão da distinção entre os *delicta in se* e os *delicta mera prohibita*. As hipóteses foram analisadas em quatro perspectivas: 1.) identificação das mudanças ocorridas no direito penal em função da globalização e que levaram à superação do conceito tradicional de crime, com a abertura de espaço para novas características do tipo penal; 2.) definição da influência dos conceitos de *mala in se* e *mera prohibita* na classificação dos tipos penais e na diferenciação entre direito penal de justiça e direito penal secundário e na compreensão do direito penal econômico; 3.) compreensão dos conceitos de culpabilidade e conhecimento da antijuridicidade e seus desenvolvimentos históricos até o atingimento do atual estágio de maturidade da dogmática penal; 4.) observação da influência que a mudança de paradigmas causa no entendimento da teoria do erro de proibição nos crimes econômicos. Conclui pela necessidade de alterar as balizas de análise do erro de proibição, traçando novas perspectivas sob o enfoque do direito penal econômico, com destaque ao papel exercido pela amplitude do conhecimento do injusto.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. *Delicta In Se* e *Delicta Mera Prohibita*. Erro de Proibição.

ABSTRACT

CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. **Economic criminal law and ban error**: analysis of the discontinuities and shortcomings of the ban error theory compared to the distinction between *Delicta In Se* and *Delicta Mere Prohibita*. 2015. 219 p. Doctoral Thesis (PhD of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

The objective of this thesis is to understand how is applied the ban error theory to the economic crimes because of the distinction between *delicta in se* and *delicta mera prohibita*. The hypotheses were tested in four perspectives: 1.) identification of changes in criminal caused by the globalization that led to overcome the traditional concept of crime, with the opening of space for the new characteristics of the *tatbestanb*; 2.) define the influence of the concepts *mala in se* and *mera prohibita* to the classification of *tatbestanb* and differentiation between justice criminal law and secondary criminal law and understand the economic criminal law; 3.) comprehend the concepts of culpability and consciousness of wrongfulness and its historical developing till de actual stage of the criminal dogmatic; 4.) observe the influence that the change of paradigms cause to the understanding of the ban error theory among the economic crimes. Concluded by the need to change the beacons of analysis on ban error, setting out new perspectives in focus of the economic criminal law, highlighting the role played by the consciousness of wrongfulness.

Key-words: Economic Criminal Law. *Delicta In Se* e *Delicta Mera Prohibita*. Ban Error.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: BREVES CONSIDERAÇÕES	16
1.1 Mudanças de paradigmas: do surgimento de uma “sociedade de risco” e um Direito Penal Econômico.....	16
1.2 Concepções estrita e ampla do conceito de Direito Penal Econômico.....	43
2 DELITOS ECONÔMICOS E SUA ROUPAGEM	61
2.1 Técnicas especiais de estruturação dos tipos da delinquência econômica.....	61
2.2 Da distinção entre <i>Delicta in Se</i> e <i>Delicta Mere Prohibita</i>	69
3 CULPABILIDADE E REPROVABILIDADE	86
3.1 Princípio da culpabilidade. Concepções sobre a culpabilidade.....	86
3.2 Culpabilidade e erro de proibição no Direito Penal Econômico.....	102
4 CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DO ERRO DE PROIBIÇÃO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO: DISTINÇÃO <i>IN SE</i> E <i>MERE PROHIBITA</i>	111
4 DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE <i>IN SE</i> E <i>MERE PROHIBITA</i>	152
CONCLUSÃO	160
REFERÊNCIAS	173

INTRODUÇÃO

As mudanças verificadas na sociedade após a Segunda Grande Guerra impulsionaram uma série de consequências em setores diversos da vivência comunitária. De fato, após a polarização global entre Estados Unidos e União Soviética, no período histórico que se convencionou chamar de Guerra Fria, a decadência da última significou a vitória do capitalismo e, por consequência, da economia de mercado, em detrimento do planejamento estatizante.

Fomentada pelo exponencial crescimento da velocidade de comunicação, viu-se, pouco a pouco, a diminuição das distâncias entre os Estados e integração destes em zonas de livre comércio ou em organizações de feição verdadeiramente transnacional, com liberdade de trânsito para pessoas e bens.

Chamou-se de globalização o fenômeno complexo e multifacetário de aproximação das pessoas e dos países, expansão de marcas e empresas, explosão das comunicações instantâneas e da cobertura em tempo real, pelas redes de televisão, dos acontecimentos que se verificam ao redor do globo, além de outras nuances.

Em contrapartida a esta mudança de características no espaço de convivência global, incrementou-se a complexidade das organizações criminosas, não mais restritas a país ou países determinados, mas agora com espaço de atuação global. Não raro, quando se trata de crime organizado, a perpetração da prática criminosa se dá em diferentes fases e muitas delas se operam em locais distintos e distantes do globo terrestre. Basta recordar a existência ainda nos dias atuais dos paraísos fiscais, captadores de recursos ilícitos auferidos nas práticas criminosas mais rentáveis, como o tráfico de drogas e de armas, destinados à lavagem e reintegração ao mercado lícito dos referidos ativos.

Pois bem. Frente a esses novos atores, mais estruturados e eficazes na prática delituosa, conceitos arraigados da dogmática penal passaram a ser rediscutidos, como nas temáticas da delinquência empresarial e da aplicação do princípio da territorialidade.

E mais, diante do desejo disseminado de maior proteção de uma série de outros direitos e interesses caros à sociedade atual, tais como meio ambiente, ordem econômica e outros com características de transindividualidade, verifica-se praticamente em todos os Estados a expansão do âmbito de regulação do direito penal.

Assim, por consequência, vê-se cada vez mais premente a necessidade de tipificação e criminalização de condutas econômicas, estas inicialmente alijadas do âmbito da intervenção

penal e relegadas a outros ramos jurídicos, mas agora inseridas em um contexto de reforço penal à ordenação de certos setores da atividade econômica.

Aqui se defende a ideia de que a exorbitância legiferante na criação de tipos penais que não reflitam as lesões mais relevantes aos bens jurídicos mais caros à comunidade pode e deve ser sindicada por meio dos controles de constitucionalidade.

Referida expansão ou administrativização do direito penal importa na multiplicação de tipos penais, a ponto de tornar impossível o conhecimento amplo e irrestrito de todas as proibições típicas até mesmo para os mais letrados no direito criminal. Especificamente na regulação do setor econômico, avultam em número e complexidade as normas incriminadoras.

O incremento da tipificação, em nítido reforço a condutas já proibidas e sancionadas em outros ramos do ordenamento jurídico, vai ao encontro dos anseios populares no reforço à segurança diante da permanente sensação coletiva de insegurança e perigo criada pelo incremento das atividades de risco. Parece ao sentimento popular leigo que a criação de figuras típicas delitivas tem o condão de coartar as práticas criminosas, quando, ao menos, desestimulá-las, a ponto de gerar significativa diminuição da criminalidade.

Trata-se de novos tipos penais que constituem o chamado Direito Penal Moderno, que acaba por ser interpretado a partir do alcance e do significado angariados do Direito Penal dito comum e cuja aplicação se fundará na sistemática de imputação de responsabilidade criminal desenvolvida na teoria do crime ainda com balizas de cunho iluminista.

Ocorre que a história tem demonstrado o absoluto fracasso, para fins de prevenção pessoal, da mera previsão em tese de condutas proibidas. Não existe comprovação empírica de que os ordenamentos jurídicos mais amplos e alastrados produzam sociedades menos propensas à criminalidade.

E mais, a expansão desmedida do direito penal, impulsionada por exigências sociais, acaba por modificá-lo em sua essência, quando apartado da sua característica de ultima ratio ou da fragmentariedade.

Como o direito penal é o ramo do ordenamento jurídico que comina a mais gravosa das sanções à prática ilícita, qual seja, a pena privativa de liberdade, natural e lógico, sob pena de quebra do equilíbrio do sistema, que sejam reservadas suas proibições apenas àquelas condutas mais severas que lesionam ou põem em perigo os bens jurídicos tidos por mais valiosos à sociedade em determinado momento histórico.

Ocorre que o recurso indiscriminado à tipificação de condutas que não estejam nos estreitos limites das balizas acima delineadas acaba por alargar em demasia o horizonte do

direito penal, além de se propagar o recurso a tipos culposos, normas penais em branco, antecipação da intervenção penal para figuras antes tidas como apenas tentadas, crimes de perigo, dentre outras técnicas de incriminação que, sob o argumento de reforço no combate à criminalidade, apartam o direito penal de sua natureza liberal.

Os tipos de imprudência devem constituir modalidades de exceção no sistema jurídico por conferirem sanção ao desvalor do resultado, em detrimento da inexistência de voluntariedade da conduta. Concebe-se modernamente que, para efeito de resposta penal legítima, deve ser somado o desvalor da ação ao desvalor do resultado, de modo que apenas resultados causados por imprudência, negligência ou imperícia não devem ser a regra das hipóteses de condutas penalmente proibidas.

Por outro lado as normas penais em branco, a par de reconhecidamente constitucionais, tem seu conteúdo definido por outras normas, de mesma ou inferior hierarquia, que as complementam e definem seu sentido e alcance. Em certos sistemas sociais, notadamente no âmbito da regulação econômica, muito do conteúdo regulatório é relegado a normas infraconstitucionais, em razão da necessidade de detalhamento e de alteração por vias menos severas que a norma legal em sentido formal.

Ademais, torna-se prática usual na modelação dos tipos de Direito Penal Econômico a antecipação do momento da intervenção penal, multiplicando-se a profusão legislativa no que toca aos crimes de perigo, assim como a proteção de bens jurídicos ditos supraindividuais.

Ocorre que a dogmática criminal foi desenvolvida com base na ideia do indivíduo no seu centro da atuação e limitação da intervenção do Estado nos direitos por aquele titularizados, o que implica reconhecer apenas como válida e legítima a intervenção criminal quando se afigure absolutamente necessária. Do contrário, nada mais do que arbítrio estatal em prejuízo do cidadão.

Entretanto, não há de se negar que a mencionada mudança de paradigmas envolve também a necessária mescla entre critérios de justiça/merecimento e utilidade/necessidade no âmbito de definição da matéria penal por essência.

Isto quer dizer que, a par de tipos que evidentemente plasmam condutas reprováveis eticamente, sobre as quais existe um quase consenso de seu desvalor, a exemplo do homicídio, roubo, estupro, outros exsurgem por critérios utilitaristas, por razões de utilidade ou mesmo necessidade de regulação de certo subsistema social, como se verifica nos crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90).

Quando são estabelecidas em tese figuras típicas com base nos critérios de justiça/merecimento, o legislador simplesmente colhe ou infere, a partir dos anseios da sociedade e do conjunto de valores comuns em certa época, aqueles comportamentos mais gravosos e, portanto, sobre os quais incide maior reprovabilidade social. A norma apenas declara – tipifica – o comportamento indesejado, conferindo-lhe a forma prescrita constitucionalmente para que tenha vigência e coerção necessárias.

Na segunda hipótese, quando o legislador se vale de critérios de necessidade/utilidade para a construção das figuras típicas, na verdade o elemento fundamental da proibição é o formal. Não se pode concluir que os comportamentos proibidos gozem de um conceito de desvalor coletivo, mas apenas que são necessários ou úteis para regular certos ramos ou áreas do funcionamento do corpo social.

Não restam dúvidas de que a dogmática penal tradicional foi construída a partir de um paradigma liberal que influenciou sobretudo o direito penal (e também foi por ele influenciado). Aquele arcabouço teórico foi o substrato sobre o qual foram forjados os institutos que integram o conceito analítico de crime. Igualmente, os bens jurídicos eleitos pelo legislador para estarem sob o manto da proteção penal diziam respeito ao sujeito individualmente considerado, sendo apenas recentemente reconhecidos aqueles outros com nítida feição supraindividual ou de pertença à humanidade como um todo.

Nesta senda, quanto ao conceito material de crime, reforça-se a validade dos paradigmas liberais, não superados pela crise pós-moderna, ao mesmo tempo em que cresce a tensão da criação de tipos com base no critério da utilidade. Assim, distinguem-se os delitos propriamente ditos (*Delicta In Se*) e os crimes que constituem meras proibições formais (*Delicta Mere Prohibita*), voltados à regulação e ao funcionamento de certos setores da atividade econômica.

Não se quer aqui afirmar que o Direito Penal Econômico é povoado unicamente pelas proibições desprovidas de sentido ético, indiferentes às normas gerais de comportamento. Apenas não se podem olvidar na criação das incriminações os interesses sociais funcionais subjacentes, também incluídos no programa de atuação do legislador.

Novos delitos econômicos, como o de poluição, por exemplo, tais como os tradicionais *Delicta In Se* constituem injustos calcados em bens jurídicos pessoais e exprimem uma relação de reconhecimento recíproco.

Ocorre que, em sua sanha legiferante, o legislador, em certos momentos, revestiu sob o manto de proibição penal condutas desprovidas de substância ética e que apenas regulam o funcionamento de setores específicos da economia, ou melhor, subsistemas da sociedade.

A referida distinção, expressa nos vocábulos latinos *delicta in se* e *delicta mera prohibita*, não é estéril. Dela afloram relevantes consequências, especialmente, o que interessa mais de perto à presente tese, na teoria do erro de proibição e suas discontinuidades.

Assim sendo, antes de tecer considerações acerca da culpabilidade do agente em cada caso concreto, necessário explicitar critérios técnicos por meio dos quais se torna possível distinguir, no rio caudaloso dos crimes econômicos, quais se referem a delitos em substância e quais são meras proibições em vestes delitivas, utilizando-se, para tanto, de critérios técnicos, calcados sobretudo no recurso à análise da antinormatividade da conduta proibida e da proteção ao bem jurídico-penal.

Ora, a culpabilidade, para a teoria finalista da ação, representa a reprovabilidade dirigida ao sujeito por ter podido agir conforme a norma, mas por ter optado não o fazer. Pressupõe o livre-arbítrio, capacidade humana de decisão com base em critérios racionais e não em meros impulsos irrefletidos. Ciente da ilicitude da conduta, o agente capaz, em condições normais, infringe o dever e ofende a norma ao perpetrar a conduta típica.

Só há de se falar em culpabilidade, e, portanto, reprovabilidade, se a conduta analisada e reprovada está expressa em um *tatbestand* e é contrária ao ordenamento jurídico em sua inteireza. Ou seja, os juízos de tipicidade e de antijuridicidade são prévios e necessários ao juízo de culpabilidade.

Fixadas estas premissas, cumpre asseverar o conteúdo da culpabilidade, ou seja, indicar-lhes os seus elementos.

Em primeiro lugar, a culpabilidade exige a capacidade do sujeito, em razão da idade, do desenvolvimento e da saúde mental. O incapaz não pode ser reprovado pela conduta perpetrada, de modo que não é culpável.

Além de capaz, deve o agente ter agido em condições normais, livre de interferências externas que maculem sua vontade. Se sobre aquele se abate força externa insuportável, vis física, não há sequer falar em conduta e, por consequência, em tipicidade. Por outro lado, se há uma coação moral a que não pode resistir, da mesma forma o comportamento do sujeito não é reprovável e, por consequência, afastada resta a culpabilidade.

Por fim, somente se perfaz e se completa a reprovação do agente se possuía, ao agir, consciência do caráter ilícito de sua conduta. Ocorre que a referida consciência não exige o

conhecimento da norma legal proibitiva, mas demanda, por meio de um esforço de consciência, a partir de valores introjetados no processo de socialização, uma valoração paralela na esfera do leigo.

Ocorre que aqui reside o ponto central da discussão.

A proximidade das figuras típicas penais da ética social informará, em maior ou menor grau, a exigibilidade de conhecimento por parte do cidadão comum a respeito de uma determinada proibição formal.

Assim, a exegese quanto aos contornos do erro de proibição não é simplesmente alcançada a partir do corpo de normas sobre o qual se lança o estudo, isto é, se está a tratar do Direito Penal Econômico ou do direito penal nuclear. Ilação desta natureza apenas esconde o problema fulcral: a existência, no âmbito do Direito Penal Econômico, de uma seara penal ilegítima, inalcançável em tese e a priori pelo poder punitivo, mas alcançada de fato.

A ideia de que a proibição penal confere relevância ética ao crime não satisfaz, assim como os tipos criados pelo legislador não podem ser produto de meros atos de arbítrio, pois se demanda do sujeito, para conhecer a ilicitude de uma conduta, o reconhecimento de sua afronta ao substrato ético subjacente na comunidade. Entender de forma distinta representaria romper a legitimidade do direito penal e alçá-lo a mero arbítrio, imposição arbitrária do legislador para atender a programas de natureza política e/ou econômica não referendados pelos mecanismos de legitimação postos.

Delimitar os setores da validade e da invalidade jurídico-penal é tema, como se demonstrará no presente trabalho, a ser tratado de maneira técnica, excluídas, salvo quando inafastáveis, considerações sociológicas ou filosóficas.

Ademais, nas novas fronteiras da expansão penal – muitas delas criadas justificadamente por imperativos de utilidade - destaca-se a impossibilidade de se definir a (in)ocorrência do erro de proibição com base no mero exame sobre o esforço de consciência do autor da conduta pretensamente culpável.

A pesquisa sobre a compatibilidade da teoria do erro de proibição e o Direito Penal Econômico é, além de inédita, premente, visto a multiplicação de diplomas legislativos no ordenamento pátrio que se prestam à repressão e prevenção da criminalidade econômica, assim como a atualidade da distinção, como recurso para compreensão das questões nevrálgicas do direito penal atual, da clássica distinção entre os *Delicta In Se* e os *Delicta Mere Prohibita*.

Entretanto, frente à impossibilidade de uma investigação acerca de toda a teoria do erro de proibição e da (i)legitimidade do Direito Penal, urge traçar um corte epistemológico com vistas ao aprofundamento da pesquisa.

Desta feita, o tema desta tese de doutoramento é: Direito Penal Econômico e erro de proibição: análise das discontinuidades e insuficiências da teoria do erro de proibição frente a distinção entre os *Delicta In Se* e os *Delicta Mere Prohibita*.

No que atine ao método, adota-se o teleológico, na medida em que as conclusões são buscadas a partir de motivos e finalidades. Não se buscam conclusões de premissas ontológicas, mas de razões normativas, o conteúdo da culpabilidade e as razões pelas quais deve haver um tratamento distinto entre os *Delicta In Se* e os *Delicta Mere Prohibita* frente ao erro de proibição. No cerne desta abordagem teleológica, aceita-se a relevância da consciência potencial da antijuridicidade como elemento fundamental da culpabilidade e do bem jurídico como elemento de *discrimen* entre os crimes em si e os delitos de mera proibição.

O Direito Penal Econômico é constituído por tipos de ilícito dotados de substrato ético correspondentes a violações de grandes normas de comportamento e produtoras de lesões a bens jurídicos, bem como de outros desprovidos de caráter antiético em uma análise pré-jurídica. É possível, por meio de uma análise técnica, fulcrada na observância dos direitos fundamentais, proteção do bem jurídico tutelado e análise quanto à antinormatividade da conduta perpetrada, distinguir entre os *mala in se* e os *mala quia prohibita*.

Definidos tais contornos, impositivo tratamento distinto quanto ao erro de proibição: na hipótese de maior proximidade entre a conduta e a ética da comunidade jurídica, impõe-se ao sujeito, salvo raras exceções, o conhecimento da antijuridicidade de sua conduta; quando do hiato entre o crime e a matriz social definidora, afrouxam-se os níveis de exigência direcionados ao agente e sua cognoscibilidade da ilicitude.

O primeiro capítulo da tese busca investigar o desenvolvimento do Direito Penal Econômico e o influxo das mudanças de paradigmas a partir do surgimento de uma “sociedade de risco” e um Direito Penal Econômico, a forma como este se estrutura, as razões históricas que influenciaram sua origem e caráter, seus conceitos amplo e estrito.

O segundo capítulo busca tratar das técnicas especiais de estruturação dos tipos da delinquência econômica e, ainda, definir os critérios técnicos que permitem a distinção entre *Delicta In Se* e *Delicta Mere Prohibita* no âmbito do Direito Penal Econômico.

O terceiro capítulo trata do princípio da culpabilidade, das concepções sobre a culpabilidade e da culpabilidade e do erro de proibição no Direito Penal Econômico.

O quarto capítulo propõe-se a tratar de critérios para a aferição do erro de proibição no âmbito do Direito Penal Econômico e a necessidade de distinção prévia entre *in se* e *mere prohibita*.

O quinto capítulo trata dos posicionamentos já produzidos pelo Superior Tribunal de Justiça no trato da matéria e mostra como o tema é tratado de forma incipiente.

1 DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: BREVES CONSIDERAÇÕES

1.1 Mudanças de paradigmas: do surgimento de uma “sociedade de risco” e um Direito Penal Econômico.

O presente trabalho tem por marco temporal e material a mudança de balizas verificada no âmbito do Direito Penal em face das novas exigências e características da sociedade atual¹.

O avanço da sociedade, mola propulsora da evolução das tecnologias, da globalização econômica e do consumo, fez surgir os riscos e, por consequência, uma sociedade de massas e de riscos, consoante doutrina do sociólogo Ulrich Beck². A este quadro convencionou-se chamar de globalização, a qual, segundo o autor acima mencionado significa, de maneira, sintética, os processos, em cujo transcorrer, os diferentes Estados Nacionais percebem sua soberania, sua identidade, suas estruturas de comunicação, suas bases de poder e suas determinações sofrerem o influxo recíproco de atores internacionais³.

O conceito de uma sociedade de risco foi tratado, na obra da Beck, como aquele em que os riscos se apresentam cada vez maiores e disseminados entre todos. Esta noção de risco surgiu em paralelo às preocupações com a questão da degradação ambiental como efeito nefasto do desenvolvimento industrial e tecnológico⁴.

Os riscos criados pela globalização apresentam o denominado “efeito bumerangue”, na medida em que os criadores passam, com o tempo, a também sofrer os influxos daqueles riscos. Esclarece Beck que nem mesmo os mais abastados e detentores de poder estão imunes aos riscos, não só com relação aos perigos para a saúde, mas igualmente para os interesses de natureza econômica. Com os riscos modernos se incrementam as desvalorizações e desapropriações ecológicas que se contrapõem aos interesses especulativos que fomentam o processo de industrialização.

¹ A fim de especificação do conteúdo, apesar da divergência de significado que assola a doutrina, adota-se como ponto de partida o conceito de Direito Penal moderno como referente às sociedades pós-industriais (fins do século XX).

² BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva**. São Paulo: Unesp, 1997, p. 264.

³ BECK, Ulrich. **O que é globalização**: equívocos do globalismo, respostas à globalização. Trad. André Corone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30.

⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização**: equívocos do globalismo, respostas à globalização. Trad. André Corone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, *passim*.

Da mesma forma, são produzidas distintas desigualdades internacionais, pois entre os países em desenvolvimento em contraponto aos desenvolvidos e entre estes mesmos Estados industrializados⁵.

A mudança de paradigmas sociais e a globalização fizeram surgir, segundo a doutrina de Beck, uma sociedade de risco⁶. Segundo o citado autor:

[...](os riscos industriais) apareceram no plano histórico como consequência de determinadas atuações e, portanto, não podem ser atribuídos a poderes e influências extrassociais, ao tempo que minavam a lógica social do cálculo do risco e de sua prevenção. Esta argumentação coincide com uma (pouco elaborada) diferenciação entre as épocas definidas como ‘culturas pré-industriais’, ‘sociedade industrial’ e ‘sociedade do risco’⁷.

As sociedades pós-industriais podem ser entendidas como sociedades de risco em função da dinâmica apresentada, guiada por racionalidade instrumental (técnica, econômica ou científica), a qual faz surgir riscos vultosos, por vezes catastróficos⁸. Referidos riscos estão relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, ao patrimônio genético e a uma série de outros bens jurídicos transindividuais ou difusos.

Em realidade, as sociedades atuais passam a introjetar a ideia de que o progresso nos setores tecnológico, econômico e científico importam em benefícios exponenciais, mas, ao revés, trazem também severas ameaças para a própria vida humana⁹.

Este dilema das sociedades pós-industriais entre ônus e bônus advindos do desenvolvimento repercute, no âmbito do direito penal, na criação de tipos que, outrora

⁵ BECK, Ulrich. **O que é globalização**: equívocos do globalismo, respostas à globalização. Trad. André Corone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 29.

⁶ Para BECK, a sociedade do risco é determinada por três características: 1) os afetados não são determinados por critérios espaciais, temporais ou pessoais; 2) é impossível imputar de acordo com as regras vigentes sobre causalidade, culpabilidade e responsabilidade; e 3) os bens jurídicos não são objeto de um seguro. Um exemplo clássico é a poluição do meio ambiente.

⁷ BECK, Ulrich. **Políticas ecológicas en la edad del riesgo**. Antídotos. La irresponsabilidad organizada. Barcelona: El Roure Editorial, 1998, p. 130.

⁸ Se dúvidas houvesse a respeito disso, alguns acontecimentos indicariam a correção da assertiva: crises das vacas loucas, vários desastres ambientais causados pela poluição industrial, intervenção manipuladora sobre a herança genética humana empreendida por médicos poucos escrupulosos quanto aos limites éticos de sua profissão. DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumidor e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 22.

⁹ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumidor e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 22.

desconhecidos pelo direito de matiz individualista, buscam a proteção de bens jurídicos que transcendem a figura do indivíduo isoladamente considerado¹⁰.

De fato, as ditas sociedades pós-industriais parecem conviver diuturnamente com o dilema que se estabelece entre os benefícios no progresso científico-tecnológico e as implicações negativas deles decorrentes. Este equilíbrio instável entre ônus e bônus é potencializado em setores específicos como meio ambiente, genética humana e relações de consumo. Em que pese a complexidade da questão, parece tratar-se de um fenômeno inarredável e de intensidade crescente.

Estes novos riscos apresentam caracteres distintivos em relação aos demais. De início, apesar de originados de ações humanas, mostram-se involuntários, ou seja, não resultam de ações voluntárias dos sujeitos humanos. Apresentam-se à moda das catástrofes da natureza e são, em regra, expansivos. Ademais, ao contrário dos riscos preexistentes, os novos não podem ser delimitados e restringidos no tempo e no espaço. Além de não respeitar as fronteiras dos Estados nacionais e permear a coletividade global, os riscos modernos também se propagam por diferentes gerações. Daí porque a sociedade de risco, além de ser uma sociedade global, também representa uma ameaça global¹¹.

Basta para tanto citar os desastres atômicos, que ultrapassam os limites dos Estados e se propagam pela atmosfera para os quatro cantos do planeta, além do que repercutem negativamente sobre as vítimas por várias gerações.

Em terceiro lugar, os riscos novos também se distanciam dos antigos por não admitirem socialização por via de cobertura de seguro privado ou mesmo por mecanismos de assistência estatais. Ocorre que diante da dimensão e do potencial global das possíveis catástrofes, cai por terra qualquer possibilidade de cálculo de cobertura e de possível compensação pecuniária. Tais riscos são imprevisíveis e incalculáveis e importam em

¹⁰ Hassemer e outros penalistas das Escola de Frankfurt, ainda que herdeiros da tradição penal clássica, admitem a tutela de bens jurídicos universais e o manejo de técnicas de tutela que apresentam menor ofensividade quando voltadas à defesa de bens jurídicos individuais. Por todos, entende o citado autor que o conteúdo material do crime e, assim, o cerne do bem jurídico não podem ser obtidos a partir da mera descrição normativa formal, ou, ao revés, conforme exigências ético-sociais de viés fundamentalmente moral ou religioso. Desta maneira, só é admissível uma opção que pretenda cotejar o conceito material de crime e o conteúdo de bem jurídico em função da missão e dos limites do direito penal, na medida em que este conceito for situado fora do âmbito jurídico-penal positivado, mas estabelecido previamente pelo legislador constitucional, por meio da indicação de bens jurídicos dignos de tutela, de forma a constituir-se um padrão de verificação crítica a mostrar o que deve ser criminalizado e o que se deve deixar fora do campo de incidência penal. HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 56.

¹¹ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumidor e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23.

insegurança e incerteza no seio da sociedade, além de absoluta ineficácia dos mecanismos tradicionais de recomposição de danos por meio de expedientes securitários¹².

De fato, como se mensurar ou segurar os danos oriundos de acidentes ambientais de proporções globais, como os desastres atômicos em Chernobyl, na Ucrânia, em 1986¹³?

Ademais, os novos riscos promovem relevantes mudanças no entendimento da ação¹⁴ que repercutem sobre as categorias tradicionais de atribuição de responsabilidade penal. Categorias como causalidade, autoria e culpabilidade, compreendida como censura individualizada, mostram-se desprovidas de função diante de riscos advindos de atividades coletivas, não limitadas no tempo e no espaço, com desvalor típico simbólico¹⁵.

Malgrado os conceitos de autoria, culpabilidade e causalidade terem sido desenvolvidos a partir de paradigmas do direito penal clássico¹⁶, baseados na ação humana individualizada e com repercussões controladas ou controláveis, a nova realidade de riscos

¹² DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumidor e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 24.

¹³ No ano de 1986, os operadores da usina nuclear de Chernobyl, na Ucrânia, realizaram um experimento com o reator 4. A intenção inicial era observar o comportamento do reator nuclear quando utilizado com baixos níveis de energia. Contudo, para que o teste fosse possível, os responsáveis pela unidade teriam que quebrar o cumprimento de uma série de regras de segurança indispensáveis. Foi nesse momento que uma enorme tragédia nuclear se desenhou no Leste Europeu. Entre outros erros, os funcionários envolvidos no episódio interromperam a circulação do sistema hidráulico que controlava as temperaturas do reator. Com isso, mesmo operando com uma capacidade inferior, o reator entrou em um processo de superaquecimento incapaz de ser revertido. Em poucos instantes a formação de uma imensa bola de fogo anunciava a explosão do reator rico em Césio-137, elemento químico de grande poder radioativo. Com o ocorrido, a usina de Chernobyl liberou uma quantidade letal de material radioativo que contaminou uma quilométrica região atmosférica. Em termos comparativos, o material radioativo disseminado naquela ocasião era assustadoramente quatrocentas vezes maior que o das bombas utilizadas no bombardeio às cidades de Hiroshima e Nagasaki, no fim da Segunda Guerra Mundial. Por fim, uma nuvem de material radioativo tomava conta da cidade ucraniana de Pripjat. Ao terem ciência do acontecido, autoridades soviéticas organizaram uma mega operação de limpeza composta por 600 mil trabalhadores. Nesse mesmo tempo, helicópteros eram enviados para o foco central das explosões com cargas de areia e chumbo que deveriam conter o furor das chamas. Além disso, foi necessário que aproximadamente 45.000 pessoas fossem prontamente retiradas do território diretamente afetado. Para alguns especialistas, as dimensões catastróficas do acidente nuclear de Chernobyl poderiam ser menores caso esse modelo de usina contasse com cúpulas de aço e cimento que protegessem o lugar. Não por acaso, logo após as primeiras ações de reparo, foi construído um “sarcófago” que isolou as ruínas do reator 4. Enquanto isso, uma assustadora quantidade de óbitos e anomalias indicava os efeitos da tragédia nuclear. Buscando sanar definitivamente o problema da contaminação, uma equipe de projetistas hoje trabalha na construção do Novo Confinamento de Segurança. O projeto consiste no desenvolvimento de uma gigantesca estrutura móvel que isolará definitivamente a usina nuclear de Chernobyl. Dessa forma, a área do solo contaminado será parcialmente isolada e a estrutura do sarcófago descartada. Apesar de todos esses esforços, estudos científicos revelam que a população atingida pelos altos níveis de radiação sofre uma série de enfermidades. Além disso, os descendentes dos atingidos apresentam uma grande incidência de problemas congênitos e anomalias genéticas. Por meio dessas informações, vários ambientalistas se colocam radicalmente contra a construção de outras usinas nucleares.

¹⁴ WESSELS, Johannes. **Direito Penal: aspectos fundamentais**. Parte Geral. Trad: Juarez Tavares da 5ª Ed alemã. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 22.

¹⁵ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumidor e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 24.

sociais, tal como apresentado, clama por uma releitura daqueles conceitos, adaptando-os às necessidades atuais.

Neste bojo, encontra-se – e aqui é o que interessa mais de perto – a necessidade de reanálise da consciência da antijuridicidade como elemento da culpabilidade e sua nova conformação diante dos influxos de um direito penal econômico.

A última das características próprias dos riscos modernos está atrelada à sua percepção pública. De uma parte, tem-se a avaliação do risco por peritos e especialistas nas ciências da natureza (risco objetivo) e, ao lado, a representação pelos leigos, analisada pelas ciências sociais (risco subjetivo). A frieza objetiva da análise e a reação emocional dos leigos são formas distintas de percepção dos riscos que se afiguram complementares, mas, não raro, produzem resultados antagônicos.

Entretanto, a indagação científica verdadeira dos riscos deve levar em conta, além da verdade objetiva, um debate público, no qual o Direito é necessário participante¹⁷.

De fato, se o trabalho dos expertos é indispensável à real identificação dos riscos – numa perspectiva objetiva –, não menos relevante é o debate social sobre a natureza e a extensão dos ditos riscos e, ainda, a eleição de prioridades de tratamento e de defesa contra as possíveis catástrofes.

Entende Peter Haberle que aquele que vive em um contexto regado por uma determinada norma é, direta ou indiretamente, um exegeta da dita norma. O destinatário da norma é participante efetivo, muito mais ativo do que se pode considerar de forma tradicional, do processo interpretativo¹⁸.

¹⁶ Necessário neste momento realizar um esclarecimento. Segundo Augusto Silva Dias, “nem Direito Penal moderno coincide com Direito Moderno, nem a dupla Direito Penal clássico/Direito penal moderno é idêntica à dupla Direito Penal de justiça/Direito Penal complementar. Relativamente à primeira diferenciação, vimos que filósofos e sociólogos do Direito contrapõem o Direito moderno (da modernidade) ao Direito pré-moderno e pretendem com esse confronto realçar não só o advento de uma nova e desencantada legitimidade jurídica, mas também a introdução de características formais, que Weber, como dissemos, identifica com aquela legitimidade. Por Direito Penal moderno entende-se, diferentemente, o Direito penal das sociedades pós-industriais, marcada pela crise referida no texto. (...) Quanto à segunda distinção, enquanto a dupla Direito Penal clássico/Direito Penal moderno se reporta à evolução do Direito Penal e à mudança de paradigma que está na base do diagnóstico de crise mencionado, a dupla Direito Penal de Justiça/Direito Penal complementar corresponde a uma divisão “territorial” do Direito Penal de acordo com critérios formais ou materiais. DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 216.

¹⁷ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumidor e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 24-25.

¹⁸ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição, 1997, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, p. 15.

O Direito, como sistema de normas que regula as relações intersubjetivas, participa deste debate e se lança sobre esta realidade, com o fito de regulá-la. O direito penal, por seu turno, é o ramo que se dedica, ao menos em tese, à proibição das condutas mais severas que lesam ou põem em perigo os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade em um dado momento histórico.

A sociedade de risco e sua complexa dinâmica tem sido utilizadas como justificativa para o incremento dos delitos de risco ou de ação massiva perigosa, os quais seriam incrementados por novas figuras típicas, em nítido escopo de prevenção, voltado para a minoração ou mesmo anulação dos riscos sociais. Nesta seara, propõe-se uma flexibilização de institutos dogmáticos tradicionais, a exemplo da tese do dolo como conhecimento do risco, que elimina o elemento volitivo tradicionalmente aceito e redefine o elemento cognitivo como certa atitude do agente calcada na indicação de determinados padrões de risco¹⁹.

A globalização²⁰, acima referida, representa um fenômeno que deu origem à sociedade pós-moderna. Em realidade, trata-se de um processo lento e gradual, que teve início com as grandes navegações do século XV, e que gerou, nos presentes dias, uma comunidade transnacional, na qual se observa um processo comunicativo de amplitude global, acompanhado de uma estrutura econômica de produção e consumo de bens e serviços que não se inibe diante das fronteiras dos Estados nacionais.

A conhecida globalização ou, mais especificamente, a semiglobalização representa hoje embasamento para uma série de explicações. Ocorre que se faz necessário entendê-la através de balizas rígidas, uma vez que, malgrado a sua importância, não pode constituir panaceia de análise e compreensão de quase tudo o que diz respeito ao direito penal dos dias de hoje. Entretanto, considerando que o fenômeno da globalização permeia as entranhas da realidade, resulta claro que a investigação da globalização somente pode ser conduzida dentro de um paradigma de globalidade²¹.

Apenas por meio de uma análise do conjunto da sociedade e de sua evolução, através dos marcos temporais de antes e depois da globalização (ou semiglobalização) é que se pode

¹⁹ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumidor e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 26.

²⁰ Na visão de Zygmunt Baumann, a globalização não se circunscreve ao âmbito econômico, mas representa uma profunda mudança nos padrões de comportamento globais, das pessoas e Estados, a constituir uma modernidade líquida, qual seja, carente de consistência e moldável à realização social. BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahor Editor, 2003, pp. 66-68 e 110.

²¹ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 95-96.

entendê-la e contextualizá-la. Embora fenômeno amplo e complexo, não é a globalização a responsável por todas as mudanças e pelas novas nuances conferidas ao direito penal moderno²². Entretanto, sua relevância neste âmbito não pode ser negligenciada e suas repercussões devem ser cuidadosamente estudadas.

Para José de Faria Costa, a se considerar que qualquer espécie de comportamento, individual ou conjunto, está informado e condicionado pelo complexo fenômeno da globalização, não poderia ser diferente com os comportamentos criminais, os quais não se encontram imunes a esta mesma realidade²³.

Ora, afastada neste ponto a tormentosa questão da responsabilidade penal das pessoas coletivas, os comportamentos ilícitos penais são necessariamente comportamentos humanos e se estes, em seu conjunto, veem-se influenciados pela globalização, é natural também que aqueles primeiros comportamentos também o sejam e, por consequência, a normatização e a exegese dos institutos penais são também pela globalização determinados ou condicionados.

Daí, “a globalização se recorta como 'mecanismo' social hiperdinâmico que torna globais os espaços econômicos, culturais e informativos que antes se estruturavam, primacialmente a um nível nacional”. Assim, tem-se uma realidade não mais fundada no Estado Nacional. Os fenômenos transnacionais não eram desconhecidos, tendo em vista a já verificada internacionalização da cultura e da informação, porém calcada em relação entre nações²⁴.

Desta forma, haveria uma espécie de diálogo entre unidades espaciais delimitadas e definidas no tempo e no espaço, com projeção internacional, porém como anteparo dos indivíduos tomados em si mesmos.

O fenômeno da globalização, ao revés, constitui uma força ancorada na informação em tempo real que ignora as fronteiras nacionais e parece não ter lugar ou tempo. Desta forma, significa a globalização a expansão em rede e tempo real de informação automatizada²⁵.

²² Ao contrário, na referência do direito penal clássico, a dignidade reside na indicação de um bem jurídico redutível a um direito individual, de modo a não se admitir, sob pena de ilegitimidade, a tutela penal autônoma de bens jurídicos de espectro universal. O crime representaria um conflito visível entre autor do fato e ofendido, de modo que apenas se adequariam a esta tutela os bens e os interesses individuais.

²³ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 96.

²⁴ Idem, pp. 97-98.

²⁵ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 97-98, pp. 96-97.

As fronteiras dos Estados nacionais há muito deixaram de ser empecilho para a difusão da informação. Por consequência, a delinquência também passou a ser transnacional²⁶, global.

A crise do Estado nacional causada pela globalização reverbera na seara do direito penal. A sanção criminal no Estado moderno está direcionada pela estrutura e intenção jurídico-política derivadas deste mesmo Estado. Ocorre que a criminalidade econômica cada vez menos se circunscreve ao espaço do território nacional, de modo que, embora o ilícito se produza em uma ou mais nações, o descortinar dos autores representa tarefa árdua, tendo em vista a complexa cadeia de agentes. Assim, pode-se concluir que, do ponto de vista do conceito dogmático clássico²⁷, este tipo de criminalidade se ressent de um local do crime (*locus delicti*)²⁸.

Em outras palavras, embora possa se circunscrever a apenas um Estado, é usual que a criminalidade econômica apresente-se como um fenômeno transnacional e complexo, no qual se insere uma cadeia de envolvidos, os quais exercem papéis próprios na engenharia criminosa. E mais, a existência de paraísos fiscais e a heterogeneidade no tratamento e sanção da lavagem de dinheiro²⁹ em diferentes países acaba criando focos de atração para o capital ilícito, geralmente em locais distintos da prática criminosa antecedente.

²⁶ Asseverou Kofi Annan, no prefácio da Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional e Seus Protocolos: “*En diciembre de 2000, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas*”. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTC/Publications/ROC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

Tradução livre: “Em dezembro de 2000, ao subscrever em Palermo (Itália) a Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, a comunidade internacional demonstrou a vontade política de abordar um problema mundial com uma reação mundial. Se a delinquência atravessa as fronteiras, o mesmo deve fazer a ação da lei. Se o império da lei se verifica não só em um único país, mas em muitos países, aqueles que o defendem não podem se limitar a usar apenas meios e instrumentos nacionais. Se os inimigos do progresso e dos direitos humanos procuram se utilizar da abertura e das possibilidades manejadas pela globalização para alcançar seus fins, devemos nos servir dos mesmos fatores para defender os direitos humanos e vencer a delinquência, a corrupção e o tráfico de pessoas.

²⁷ O primeiro teórico do modelo clássico em linguagem jurídica foi Anselm Feuerbach e sua obra é considerada o referencial do Direito Penal clássico. Vide: FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L, 1989, *passim*.

²⁸ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 99-100.

²⁹ Até mesmo a nomenclatura é variável, por exemplo, o uso da expressão branqueamento de ativos.

Mais à frente no trato da problemática da atual crise do Estado, necessário ponderar que o direito, em um viés sociológico, representa uma resposta a situações de conflito impostas pela realidade fática e, por conseguinte, atua sempre em momento ulterior ao problema. Existe em sua criação um processo de reflexão e ponderação das instituições que, por sua complexidade, mostra-se lento. Ainda mais em se tratando de norma penal, aquela que representa a pedra angular de todo o sistema criminal. Apenas por meio de uma lei incriminadora, legitimamente gerada, é que se tem um tipo legal de crime³⁰. Somente a partir do nascimento da lei de incriminação que o ilícito penal demonstra a sua face de ilícito ético socialmente desvalioso³¹.

E parece natural que a criação de normas legais, mormente normas penais, seja um processo amadurecido, pois demanda o diálogo entre os diferentes setores da sociedade e a movimentação de todo o aparelho legislativo. Apenas quanto criada a lei, do ponto de vista formal³², é que a conduta, embora socialmente indesejada, passa a ser tipificada e a ela cominada uma sanção pertinente.

A legitimidade ordinária reside nas casas formadas por parlamentares democraticamente eleitos e estas instituições apresentam uma produção legiferante demorada – em função dos trâmites elementares do procedimento democráticos-, mas também pouco volumosa. Ocorre que este baixo nível de produção é cada vez menos compreendido pela sociedade atual, acostumada ao movimento e à informação em tempo real, desalinhada com a lentidão dos procedimentos legislativos – e ávida por respostas céleres e exitosas contra a criminalidade. Se é verdade que esta resposta se passa no seio das comunidades nacionais, nos quais os traços de tradição e saber são compartilhados, o que se esperar da chamada comunidade internacional, que lida com mecanismos de decisão ainda mais demorados? É certo que no âmbito global as providências de combate ao crime tornam-se ainda mais lentas e difíceis. E mais, cumpre ainda questionar acerca do problema da legitimidade, qual seja, em descortinar quem tem legitimidade para iniciar e conduzir o processo de combate ao crime e, por outro lado, encontrar a legitimidade centrada na determinação e construção do ordenamento jurídico penal. Questiona-se: qual o órgão internacional legítimo para criação de

³⁰ Adota-se aqui o conceito estratificado de crime, qual seja, fato típico, antijurídico e culpável. Por todos, ASÚA, Luis Jiménez de. **La ley y el Delicto** – Curso de Dogmática Penal. Caracas: Editorial Andrés Belo, 1945, pp. 254-256.

³¹ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 100.

³² Acerca do princípio da reserva legal, por todos, José de Faria Costa. Vide: COSTA, José de Faria. **Noções Fundamentais de Direito Penal** (Fragmenta iuris poenalis). Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 129 e ss.

normas penais transnacionais? Continuarão aplicáveis os princípios da legalidade, irretroatividade da lei penal e ofensividade a bens jurídicos? Quais são os critérios de estrutura e funcionamento de tribunais internacionais? Que polícias investigarão as infrações? Qual ou quais serão os órgãos encarregados da função acusadora. Ora, podem-se condensar tais questionamentos em um único: qual a legitimidade e o fundamento de um direito e de um processo penal internacionais?³³.

A todas estas questões se soma a dificuldade criada pelas diferenças entre os distintos sistemas jurídicos. De um lado, aqueles de raiz latina e de outro, os da *common law*, que apresentam inúmeras e notáveis diferenças, as quais não cabe aqui descortinar visto não serem o objeto do presente trabalho.

Por outro lado, a questão da legitimidade do direito transnacional e do órgão encarregado do processo e julgamento das infrações cometidas é tema da maior relevância, principalmente porque o próprio direito penal interno, mais especificamente o direito penal secundário, atravessa uma grave crise³⁴ de legitimidade³⁵.

Entretanto, o trabalho de se encontrar um fundo uniforme na comunidade internacional que garanta resposta aos questionamentos expostos não se apresenta provável a médio prazo e se torna ainda mais improvável para uma pronta resposta. Esta realidade conduz a uma difícil problemática. Se, por um lado, o Estado Nacional, tal como conhecido, está em processo de esfacelamento e mostra-se inábil para o combate à criminalidade, por outro, reconhece-se que a luta contra o crime é uma constante de qualquer sociedade organizada, por mais simples que seja. Assim, faz-se necessário preservar os fundamentos de um direito penal moderno e civilizado e entender a criminalidade transnacional como resultado da globalização, da

³³ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 101-102.

³⁴ A escola de Frankfurt chama insistentemente a atenção para a existência de uma crise do Direito Penal, como expressão negativa de sua natureza e de suas funções originárias, as quais remontam ao racionalismo iluministas e liberal. DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 215.

³⁵ *La función del derecho penal está, a su vez, vinculada de una manera muy estrecha a las concepciones sobre su legitimidad. Si se piensa que es una función (legítima) del Estado realizar ciertos ideales de justicia, el derecho penal será entendido como un instrumento al servicio del valor justicia. Por el contrario, si se entiende que la justicia, en este sentido, no da lugar a una función del Estado, se recurrirá a otras concepciones del derecho penal, en el que éste será entendido de una manera diferente.* Tradução livre: a função do direito penal está, por sua vez, vinculada de uma maneira muito estreita às concepções sobre sua legitimidade. Se se pensa que é uma função (legítima) do Estado realizar certos ideais de justiça, o direito penal será entendido como um instrumento a serviço do valor justiça. Pelo contrário, se se entende que a justiça, neste sentido, não dá lugar a uma função do Estado, recorrer-se-á a outras concepções do direito penal. BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal. Parte General**. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1987, pp. 29-30.

atuação de agentes que, no campo do crime, tencionam auferir a maior valia que um mercado global propicia³⁶.

De fato, o Estado Moderno mostra-se, de uma forma geral, despreparado para o efetivo combate à criminalidade que se avulta influenciada pelo fenômeno da globalização. Por outro lado, a ciência desta ineficácia controladora serve de mola propulsora para o crescimento das práticas criminosas econômicas. E mais, a ideia de um único sistema de repressão, de natureza internacional, conquanto desejável, mostra-se uma realidade ainda distante no atual cenário jurídico.

Neste passo, resulta necessário compreender a estrutura organizacional deste tipo de criminalidade transnacional, constituída por uma teia tecida para angariar resultados expressivos e que não se confunde com um projeto artesanal, mas sim um programa elaborado que se calca, fundamentalmente, em três grupos independentes, porém conexos. O grupo nuclear ou central destina-se primacialmente a guardar, conduzir e distribuir bens ilegais. O segundo buscar funcionar como proteção institucional à rede, cooptando integrantes das polícias, da Justiça e da economia. O terceiro tem por objetivo o branqueamento do capital angariado, com ligações com bancos, cassinos e outras organizações licitamente constituídas³⁷.

Conclui-se, desta feita, que se trata de um tipo de criminalidade estruturada em padrões racionais, movida pela obtenção de vantagens econômicas, que desconhece as fronteiras dos Estados nacionais e transcendem as pessoas que integram suas estruturas.

A primeira consequência é a verificação da atuação, em certas circunstâncias, com exacerbada violência, para manutenção e continuidade da prática delituosa, sem qualquer transigência ética ou moral. Assumem-se as organizações criminosas³⁸ como verdadeiras empresas de alto risco voltadas à obtenção de lucros astronômicos. Ora, não por acaso estas organizações despertam a preocupação do Estado em sua repressão, de modo que se não se encontram fórmulas de combate vitoriosas, mas informadas pelos princípios de um direito

³⁶ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 102-103.

³⁷ Idem, p. 103.

³⁸ A lei n. 12.850, de 02/08/13, define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Dispõe o seu art. 1.º, §1.º: “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

penal liberal-social, outras soluções são propostas e muitos são os defensores de sua legitimidade, ainda que elas se afastem do minimamente tolerável e do direito penal humanizado de raiz iluminista³⁹.

As estruturas criminosas desenvolvem-se como empresas bem organizadas, com hierarquia e comando definidos, para auferir lucros de maneira ilícita. O recurso aos meios violentos é constante, mormente para a conquista do “mercado” criminoso e a sua manutenção, em virtude da concorrência de outras estruturas também criminosas.

Por outro lado, a velocidade de aparelhamento e desenvolvimento tecnológico da repressão estatal é notadamente inferior, de modo que o embate entre o ilícito e o lícito tende a fazer do primeiro o vencedor. Malgradas estas dificuldades, o Estado de Direito, ainda que diante de seu dever-poder de coibir o crime (aqui especificamente a criminalidade econômica) não está autorizado a se afastar dos paradigmas do permitido nas Constituições e nos pactos internacionais.

Ocorre que, para um combate razoável e eficaz da criminalidade econômica, ainda é o Estado nacional a base de tal agir. O esvaziamento das funções do Estado sem a concomitante criação de uma alternativa válida contribui para o fomento das condições de ineficácia do combate à criminalidade, a qual se desenvolve em vazios normativos e reticências quanto à aplicação da lei penal⁴⁰.

Se o Estado se retrai no combate à criminalidade, é natural que esta cresça e se torne ainda mais grave. Ocorre que, a despeito das dificuldades verificadas, é do Estado que emana a legitimidade para o combate aos crimes econômicos e somente excepcionalmente se pode atribuir a órgãos internacionais o processo e julgamento de práticas criminosas. Deve-se encontrar, portanto, no seio do Estado, em cooperação com outros atores da cena internacional, por certo, os mecanismos de desincentivo à criminalidade econômica.

Por outro lado, embora seja do Estado nacional que devam partir as medidas de luta contra a criminalidade econômica, é certo que não se desconhece a importância das medidas e projetos realizados pela cooperação efetiva dos Estados e das organizações internacionais, por exemplo a ONU. Ocorre que esta cooperação precisa ser feita sem o mínimo de transigências, no ritmo do fenômeno criminoso mundial⁴¹.

³⁹ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 104.

⁴⁰ Idem, p. 105.

⁴¹ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 105.

De nada adianta que a cooperação internacional seja rígida e morosa, pois, se o for, sua eficácia será diminuída, frente ao dinamismo e a velocidade dos crimes econômicos.

Do ponto de vista doutrinário, parece intuitivo que a criminalidade econômica, quando opera no plano espacial global, tem seu primeiro contato com a dogmática penal a partir do debate sobre a aplicação da lei penal no espaço. O princípio da territorialidade representa, ainda, a pedra de toque de toda a problemática da aplicação da lei penal no espaço. Ocorre que dito princípio é composto por outros subprincípios, por exemplo, nacionalidade, defesa universal, etc., que permitem, em casos de não aplicação do princípio da territorialidade, que a lei nacional seja aplicada quando presentes as circunstâncias legalmente previstas. “Dentro da lógica que se acaba de enunciar é nossa convicção que se deveriam aumentar os casos em que funcione a cláusula complementar que se sustenta no princípio da aplicação universal”⁴².

Em outras palavras, o princípio da territorialidade⁴³ não é absoluto no sentido de somente aceitar a aplicação da lei nacional no espaço territorial do Estado de onde emana, mas também permite que esta lei transcenda as fronteiras nacionais.

Em relação à criminalidade econômica, notadamente transnacional, avulta a necessidade de utilização das regras excepcionais, para fazer incidir a normativa além-fronteiras,

⁴² .COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 106-107.

⁴³ Código Penal.

Lugar do crime

Art. 4º Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado.

Extraterritorialidade

Art. 5º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I - os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o crédito ou a fé pública da União, de Estado ou de Município;
- c) contra o patrimônio federal, estadual ou municipal;
- d) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;

II - os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro.

§ 1º Nos casos do n. I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2º Nos casos do n. II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

§ 3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça.

sob pena de se admitir um vácuo legislativo no qual a criminalidade se desenvolve sem encontrar a necessária repreensão.

Segundo José de Faria Costa, outro elemento catalisador da maior eficiência punitiva face a criminalidade econômica reside não propriamente na seara penal, mas processual, no âmbito do direito probatório. Nesta seara, ainda que de modo incipiente, é que no que atine à criminalidade altamente organizada, deve o legislador permitir a inversão do ônus da prova, transferindo-se ao interpelado o ônus de provar a origem lícita dos bens e da origem do capital⁴⁴.

Em que pese a maior eficácia no combate à criminalidade, esta solução não encontra fundamento no sistema jurídico brasileiro. No âmbito do sistema acusatório brasileiro, cujos contornos estão na própria Constituição Federal.

Não há como se admitir uma mera inversão do ônus da prova e sujeitar o réu a provar seus argumentos, em detrimento da comprovação da ilicitude pelo órgão acusador.

Esta conclusão, por certo não afasta a necessidade de medidas processuais mais ágeis e eficazes, especialmente no afastamento dos sigilos já conhecidos e citados sigilos bancário⁴⁵

⁴⁴ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 107.

⁴⁵ Lei Complementar 105/2001

Art. 1º - As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

- I – os bancos de qualquer espécie;
- II – distribuidoras de valores mobiliários;
- III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;
- IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;
- V – sociedades de crédito imobiliário;
- VI – administradoras de cartões de crédito;
- VII – sociedades de arrendamento mercantil;
- VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;
- IX – cooperativas de crédito;
- X – associações de poupança e empréstimo;
- XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;
- XII – entidades de liquidação e compensação;
- XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

- I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

- II – o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

- III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

e fiscal⁴⁶.

Ocorre que remonta à Revolução Francesa o princípio da presunção de inocência⁴⁷, segundo o qual todo homem é considerado inocente até que se julgue culpado, o qual se distancia diametralmente da presunção de culpa do processo inquisitório medieval, no qual quase inexistiam garantias de defesa e admitia-se a tortura como meio de prova⁴⁸.

Ora, sob o pálio da otimização da repressão à criminalidade econômica, não se pode tolerar o uso de artifícios como a inversão do ônus da prova no processo penal. Tal inversão seria obviamente odiosa e afrontaria o princípio iluminista da presunção da inocência, um dos

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2o, 3o, 4o, 5o, 6o, 7o e 9 desta Lei Complementar.

§ 4o A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante sequestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa.

⁴⁶ CTN - Lei nº 5.172 de 25 de Outubro de 1966

Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 1o Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 2o O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 3o Não é vedada a divulgação de informações relativas a: (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

I - representações fiscais para fins penais; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

II - inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

III - parcelamento ou moratória. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

⁴⁷ “A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão...Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem

pilares do moderno e civilizado direito penal. Admitir expedientes deste naipe significa autorizar procedimentos ilegítimos e antidemocráticos, além de ofensivo aos mais comezinhos direitos humanos.

Um dos mais valiosos corolários da presunção de inocência, no processo criminal, reside na inexistência de repartição do ônus da prova semelhante ao processo civil. Neste, a parte que quer se valer de um direito deve provar os fatos constitutivos deste, ao passo que cabe à parte contrária a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos daquele direito⁴⁹.

De fato, o direito instrumental deve ser regrado e condicionado em consideração aos interesses tutelados pelo direito material a que está a serviço como instrumento de aplicabilidade.

A razão que permeia esta lógica está na paridade de armas dos sujeitos em lide civil. Diferentemente, no âmbito do processo penal continental, verifica-se o desnível entre o acusador e a defesa. Assim, por consequência, qualquer situação de dúvida demanda resolução a favor do defendido, forte na aplicação do *in dubio pro reo*⁵⁰.

A consagração deste princípio está consagrada, no direito processual penal brasileiro, nas hipóteses de absolvição do réu em caso de dúvida da sua participação na empreitada criminosa⁵¹.

morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou fique com ela indissolvelmente ligado, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho, ou outras coisas similares. A garantia desses direitos vitais é a condição indispensável da convivência pacífica". FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 689-690.

⁴⁸ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 107.

⁴⁹ Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁵⁰ COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 108.

⁵¹ Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI - não existir prova suficiente para a condenação.

Há ainda quem defenda uma outra solução processual, qual seja, tomar a proveniência dos bens na lavagem de dinheiro como questão prejudicial não penal⁵².

Ocorre que esta questão não pode jamais ser considerada como de natureza não penal, posto ser em sua essência uma questão criminal e, portanto, somente poderá ser decidida no processo penal. A origem lícita ou ilícita dos bens é absolutamente relevante para descortinar a existência ou não de crime, de modo que sua discussão não pode ser legada à decisão de autoridade que não seja o juiz com competência criminal, sob pena de ofensa ao princípio constitucional do juiz natural⁵³.

A necessidade de combater a criminalidade altamente organizada não pode potenciar a subversão de alguns princípios fundamentais do direito penal comum europeu. E se não deve fomentar muito menos fazer crer que só através da subversão se consegue algum êxito na luta contra este tipo de criminalidade. Aquele êxito passa, em nosso juízo, também pelo envolvimento de outras instâncias (sociais, culturais, económicas e estaduais), de modo que se consiga, isso sim, subverter a própria 'cultura da corrupção'. De qualquer maneira, uma exacta e correcta delimitação dos elementos do tipo e a rejeição de determinação da culpa são ideias que a metáfora da pedra a que tudo se agarra consolida. Ideias que se devem prender, pois, àquele mínimo de valores que faz de nós comunidades democráticas que devem construir, com o máximo de liberdade, o futuro colectivo⁵⁴.

Como consequência desta mudança de paradigmas empreendida pelo fenómeno da globalização, visualiza-se no meio social grande insegurança, oriunda de acontecimentos diários, os quais assumem grande proporção graças à influência dos meios de comunicação.

Nesta perspectiva, substitui-se o Estado Social pelo Penal. Por consequência, a sociedade passa a exigir rigoroso controle dela mesma, por meio de verdadeiro internamento. Esta recente racionalidade de controle fomentou a punição com base no risco e as novas

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

III - aplicará medida de segurança, se cabível.

⁵² COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 108.

⁵³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

⁵⁴ COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 111.

estratégias do direito penal calcadas na gestão de risco e repressão de agentes considerados portadores de risco⁵⁵.

Assim, amplia-se o leque de criminalização das condutas: as normas penais tornam-se mais abrangentes e avançam sobre espaços antes indiferentes ao Direito Penal, ou melhor, espaços onde, anteriormente, a interferência penal era considerada desnecessária e, por vezes, nefasta.

Vive-se um tempo de crise das instituições, da ética, do direito penal e da própria percepção da realidade, ao passo que emerge uma tendência de homogeneização e de aceitação do absolutismo global⁵⁶.

O contraponto desta crise e da timidez estatal na repressão criminal, os delitos econômicos encontram terreno fértil para a sua multiplicação e para o incremento das estratégias de atuação dos atores criminosos.

Neste contexto, os diferentes quadrantes da vida social parecem clamar por menos Estado social, menos Estado interventor e mais Estado punitivo, mais estado securitário⁵⁷.

A sociedade, de uma formal geral, reverbera o sentimento de insegurança e entende, ainda que sem real comprovação científica, que a atribuição de penas mais severas e o incremento de figuras tipificadas, além do maior recurso ao cárcere e a responsabilização penal das pessoas jurídicas⁵⁸ forneceria uma resposta adequada para as exigências de controle e repressão da criminalidade.

Isto porque este quadro mostra ou insinua que a coletividade atual não dispõe de outra alternativa de combate à criminalidade que não seja a consolidação de um Estado punitivo. Em verdade, semelhante afirmação encerra uma justificativa de efemeridade, a qual, por outro lado, não a legitima. A redução de direitos, garantias e liberdades parece uma alternativa interessante, mas o ambiente por ela criado importa em debilitar a capacidade de controle das formas de atuação autoritária⁵⁹.

⁵⁵ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 64, 2007, p. 237.

⁵⁶ COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 113.

⁵⁷ Idem, p. 114.

⁵⁸ Atribui o incremento da criminalidade, em parte, ao recurso aos entes coletivos, numa economia globalizada, Klaus Tiedemann, em **Derecho penal y nuevas formas de criminalidad**. (Traducido por el profesor Manuel Abanto Vásquez). 2. ed. Lima: Editorial GRIJLEY, 2001, p. 92.

⁵⁹ COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 115.

Ocorre que este Estado punitivo traçado como alternativa de conter a liberdade em nome da segurança guarda em si uma série de características peculiares, as quais nem sempre ou quase nunca se mostram legítimas num contexto de confrontação com um direito penal de natureza iluminista.

Uma primeira característica marcante do dito Estado securitário é a adoção de uma cultura de controle, a incidir não só sobre as condutas mais perigosas, mas também sobre os mais inofensivos comportamentos. Existem espaços em que o controle é tolerado ou mesmo desejado, por exemplo, aviões, edifícios estratégicos ou simbólicos, mas em outros, tais como um condomínio privado, já se resulta absurdo. Este controle não se restringe à seara penal, mas se observa também na sociedade civil, que urge por um modo de vida coletivo onde o risco é igual a zero, embora somente na fantasia tal resultado pudesse ser obtido⁶⁰.

A demanda pelo controle faz surgir uma série de medidas de excesso. Diga-se de logo que o controle dos riscos não só é possível, como desejável. A exemplo do que acontece das atividades potencialmente mais arriscadas, como a produção de energia nuclear, a manipulação de material genético ou as atividades mais gravosas ao meio ambiente. Ocorre que, por vezes, o direito penal é chamado a regular setores e condutas em relação aos quais, a priori, não haveria necessidade de sua intervenção, se observado o princípio da intervenção mínima. De fato, o recurso ao direito penal para o combate e controle de atividades inofensivas, além de indevido, gera uma grave crise de legitimidade.

Uma segunda peculiaridade é a multiplicação das leis de emergência. Ora, nos dias atuais está em crise a própria ideia de código. Surgem leis que, embora vigorem por certo espaço de tempo, não são, do ponto de vista técnico, leis de emergência, mas são instrumentos da política criminal⁶¹ mais severa. Normas que surgem como pretensa solução de situações não-permanentes, mas que acabam por serem consideradas indispensáveis. Assim, o processo

⁶⁰ COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 115.

⁶¹ Claus Roxin, leciona: “(...) mi idea básica es que tienen que estar fundidos políticocriminalmente en el Derecho penal la configuración conceptual y sistemática, mientras que conforme a la concepción antigua, como ejemplo la que fundara Liszt, la Política criminal no tendría justamente nada que hacer con el ‘Derecho penal’ (en el sentido de la teoría general del delito) y debería limitarse sólo al ámbito de las consecuencias jurídicas”. Tradução livre: “(...) minha ideia básica é que tem que estar juntos político-criminalmente no Direito penal a configuração conceitual e sistemática, embora que conforma a concepção antiga, como exemplo a que fundara Liszt, a política criminal não teria justamente nada a ver com o “Direito Penal” (no sentido da teoria geral do delito) e deveria limitar-se apenas ao âmbito das consequências jurídicas”. ROXIN, Claus. **Política criminal y estructura del delito**. Elementos del delito en base a la Política criminal. Trad. Juan Bustos Ramírez – Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992, p. 46.

legislativo é levado a efeito para a solução de situações pontuais, voltado a remediar as consequências e não propriamente as causas do fenômeno criminal⁶².

Parece existir um sentimento disseminado no meio social de que o combate da criminalidade se dá por meio da produção legislativa profusa e do incremento da severidade das sanções criminais cominadas e aplicadas. Além disso, passa-se a desejar, com base neste raciocínio equivocado, que situações específicas mais severas sejam regulamentadas por meio de normas próprias, criadas após os fatos de repercussão, para regular situações análogas e, quase sempre, com majoração da punição aos culpados ou a restrição de institutos de afastamento do cárcere, como o livramento condicional, a progressão de regime, etc.

Verifica-se ainda um incremento das leis de feição securitária. Trata-se de uma tendência que busca inspiração no hemisfério norte, no movimento *Law and order*⁶³.

Uma quarta característica reside na manifesta adoção de estratégias globais diferenciadas, tendencialmente incompatíveis, para diferentes setores da vida coletiva. De fato, não se mostra aceitável, em relação a segmentos próximos da vida em sociedade, lançarem-se sinais contraditórios ou pelo menos não coincidentes. A título de exemplo tem-se novamente a lavagem de ativos. De fato, há ampla concordância no sentido de que tal prática deve ser evitada e, se praticada, sancionada de uma forma geral. Ocorre que, ao mesmo tempo, são admitidas as conhecidas zonas *off-shore*, as quais diminuem o controle da proveniência do capital, quando não o tornam impossível⁶⁴.

⁶² COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 116.

⁶³ O movimento norte-americano "Law and order" busca reformar o sistema penal, para fins de combater a violência urbana daquele país. Sugere reações mais severas às práticas criminosas, inclusive regime de encarceramento mais rígido e proporcionalidade entre pena e gravidade do crime. Um de seus maiores exemplos é a política "Tolerância Zero", adotada em Nova Iorque a partir de 1993.

⁶⁴ Quanto maior a carga fiscal existente em certos países, maior é o interesse de empresas e pessoas físicas em fazer investimentos no exterior, atraídos por inúmeros fatores, tais como: moedas fortes, estabilidade econômica e política, isenções fiscais ou impostos reduzidos sobre os rendimentos, segurança, sigilo e privacidade nos negócios, liberdade de câmbio, economia de custos administrativos e eventual acesso a determinados tipos de financiamento internacional, a juros baixos. Essas zonas privilegiadas existem em várias partes do globo e alguns entusiastas chegam a falar delas como "tax havens" ou "paraísos fiscais". E, para as sociedades comerciais constituídas nessas "zonas livres" convencionou-se dar o nome inglês de "offshore companies". Offshore se aplica à sociedade que está fora das fronteiras de um país. Assim, uma "offshore company" é uma entidade situada no exterior, sujeita a um regime legal diferente, "extraterritorial" em relação ao país de domicílio de seus associados. Mas a expressão é aplicada mais especificamente a sociedades constituídas em "paraísos fiscais", onde gozam de privilégios tributários (impostos reduzidos ou até mesmo isenção de impostos). E isso só se tornou possível quando alguns países adotaram a política da isenção fiscal, para atrair investimentos e capitais estrangeiros. Na América Latina, o Uruguai é um exemplo típico dessa política. Disponível em <http://portaltributario.com.br/offshore>. Acesso em 28/01/2015.

Os Estados apresentam diferentes níveis de tolerância e repressão à lavagem de ativos⁶⁵. Basta recordar a existência de três gerações de legislações penais de combate ao branqueamento de capitais. A primeira geração somente admite, como delito antecedente, o tráfico de drogas ou substâncias estupefacientes. A segunda geração, por seu turno, elenca um rol mais ou menos variável de delitos que podem constituir crimes antecedentes da lavagem de dinheiro. Por fim, a terceira geração admite como antecedente qualquer infração penal que resulte na produção de ativos aptos à lavagem (ou branqueamento).

Tem-se ainda a exaltação da ideologia da “tolerância zero”, programa nascido em Nova York para combate à pequena e média criminalidade, com forte apelo publicitário, a significar que toda violação da lei importará em reprimenda. Ocorre que, apesar de se propor como solução, representa uma própria contradição ao sistema anglo-saxão, que se baseia, dentre outros pilares, no da discricionariedade, ao passo que a tolerância zero significa a afirmação do princípio da legalidade estrita, em franca contradição ao primeiro⁶⁶.

⁶⁵ Exposição de Motivos da Lei n. 9613/98.

9. A primeira opção imposta ao legislador brasileiro no trato desta matéria diz respeito à denominação legal, *nomen iuris*, do tipo de ilícito em causa. Alguns países optaram por uma designação que leva em conta o resultado da ação.

10. Caracterizando-se a conduta pela transformação do dinheiro sujo em dinheiro limpo, pareceu-lhes adequado o uso de vocábulo que denotasse limpeza. A França e a Bélgica adotam a designação *blanchiment d'argent* e na mesma linha seguem a Espanha (*blanqueo de dinero*) e Portugal (*branqueamento de dinheiro*).

11. Outro critério preferido é o da natureza da ação praticada, partindo-se do verbo referido no tipo. Os países de língua inglesa empregam a expressão *money laundering*; a Alemanha designa o fato típico de *geldwache*; a Argentina se refere a lavado de dinero; a Suíça indica o fato típico de *blanchissage d'argent* e a Itália se vale do termo *riciclagio*, que também identifica o verbo constante do tipo e não propriamente o resultado do comportamento.

12. O Projeto ora submetido à consideração de Vossa Excelência consagra as designações lavagem de dinheiro e ocultação, as quais também são preferidas pela Alemanha (*verschleierung*).

13. A expressão “lavagem de dinheiro” já está consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laundering*). Por outro lado, conforme o Ministro da Justiça teve oportunidade de sustentar em reunião com seus colegas de língua portuguesa em Maputo (Moçambique), a denominação “branqueamento”, além de não estar inserida no contexto da linguagem formal ou coloquial em nosso País, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estereis e inoportunas discussões.

⁶⁶ COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não-securitário. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 119.

Ainda no mesmo sentido e inspiração norte-americana, o desenvolvimento e difusão da teoria das janelas quebradas (*broken windows*)⁶⁷, com nítida inspiração securitária e utilitarista.

Segundo José Faria das Costa, visualiza-se, por outro viés, a diminuição das garantias processuais. De fato, tal mudança se faz logo demonstrar em Estados punitivos, com a multiplicação e agravação das medidas derogatórias do direito comum, como a proteção de testemunhas e algumas técnicas de buscas e revistas. As ditas garantias são afastadas na busca de um mais exitoso combate à criminalidade que atenda contra os princípios democráticos, mas aquele afrouxamento por si próprio põe em risco a democracia⁶⁸.

Em que pese o entendimento do festejado autor, com ele não se pode concordar. A proteção a testemunhas⁶⁹ representa política de fortalecimento democrático, na medida em que

⁶⁷ Em 1982, o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, ambos americanos, publicaram na revista *Atlantic Monthly* um estudo em que, pela primeira vez, se estabelecia uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade. Naquele estudo, cujo título era *The Police and Neighborhood Safety (A Polícia e a Segurança da Comunidade)*, os autores usaram a imagem de janelas quebradas para explicar como a desordem e a criminalidade poderiam, aos poucos, infiltrar-se numa comunidade, causando a sua decadência e a conseqüente queda da qualidade de vida. Kelling e Wilson sustentavam que se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Agora, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio e tampouco pela rua em que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim, a decadência da própria rua e daquela comunidade. A esta altura, apenas os desocupados, imprudentes, ou pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou mesmo morar na rua cuja decadência já era evidente. O passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas pessoas de bem, deixando o bairro à mercê dos desordeiros. Pequenas desordens levariam a grandes desordens e, mais tarde, ao crime. Em razão da imagem das janelas quebradas, o estudo ficou conhecido como *broken windows*, e veio a lançar os fundamentos da moderna política criminal americana que, em meados da década de noventa, foi implantada com tremendo sucesso em Nova Iorque, sob o nome de "tolerância zero". Ainda exemplificando, Kelling e Wilson afirmavam que uma comunidade estável, na qual as famílias cuidavam de suas casas, se preocupavam com as crianças dos outros e desconfiavam de estranhos, poderia transformar-se, em poucos anos, ou até mesmo meses, em uma selva assustadora. Uma propriedade é abandonada. O mato cresce. Uma janela é quebrada. Adultos deixam de repreender crianças e adolescentes desordeiros. Estas, encorajadas, tornam-se mais desordeiras. Então, famílias mudam-se daquela comunidade. Adultos, sem laços com a família, mudam-se para aquela comunidade. Adolescentes desordeiros começam a se reunir na frente da loja da esquina. O comerciante pede que se retirem. Eles recusam. Brigas ocorrem. O lixo se acumula. Pessoas começam a embriagar-se em frente aos bares. Um bêbado deita na calçada e lá permanece. A desordem se estabelece, preparando o terreno para a ascensão da criminalidade. RUBIN, Daniel Sperb. **Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730>. Acesso em 29/03/2015.

⁶⁸ COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 119.

⁶⁹ Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

garante uma efetiva coleta de provas, a qual não implica em busca desenfreada pela condenação, mas, ao revés, em busca da verdade real.

No mesmo sentido, nada de antidemocrático ou autoritário se verifica nas buscas e revistas se observados os princípios da reserva de jurisdição⁷⁰ e do devido processo legal.

Uma sétima característica do Estado securitário ou punitivo é a tentativa de neutralização axiológica pelo exponencial aumento do encarceramento. Na verdade, a ideia aqui fundante diz com a transferência de problemas efetivos da política criminal para a seara dos custos econômicos. A pena de prisão, além de seu baixo êxito ressocializante, é digna de severas críticas por representar um enorme dispêndio de recursos, os quais seriam, em tese, mais úteis se alocados em outros setores da sociedade⁷¹.

Em outras palavras, além de praticamente inócua na tarefa de prevenção da criminalidade, a pena de prisão ainda possui o grande inconveniente de ser excessivamente custosa⁷². Ora, os recursos dispendidos com o cárcere poderiam ser muito melhor

⁷⁰ A ideia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os guardiões da liberdade e das penas de natureza criminal e daí a consagração do princípio *nulla poena sine iudicio...*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 580. E mais, no âmbito jurisprudencial, o STF, MS 23.452-RJ, Tribunal Pleno, DJ 12/05/2000, Min. Celso de Mello, cujo trecho abaixo se extrai: “...Postulado constitucional da reserva de jurisdição: um tema ainda pendente de definição pelo Supremo Tribunal Federal. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado..”

⁷¹ COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não-securitário. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 120.

⁷² O custo de um preso em uma penitenciária federal supera em até 120% o valor médio de um aluno do ensino superior público no Brasil, segundo levantamento do R7 com base em informações do Depen (Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça) e do Inep (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, no levantamento Investimentos por Aluno por Nível de Ensino- Valores Nominais). O preso federal custa R\$ 3.312 por mês, enquanto um aluno de uma faculdade pública requer, em média, R\$ 1.498 para ser mantido no mesmo período. Para o jurista Luiz Flávio Gomes, essa discrepância aponta um problema estrutural. — [A diferença nos valores] reflete o erro histórico do nosso País, que adota políticas repressivas no lugar de políticas de prevenção da violência. A mentalidade brasileira é repressiva. A população é iludida com esta sensação de segurança. O professor da USP (Universidade de São Paulo) de Ribeirão Preto José Marcelino de Rezende Pinto também acredita que o investimento é feito da maneira errada. — É uma total inversão de prioridades. Uma educação de baixa qualidade obviamente deixa o jovem sem horizonte, despreparado. O jovem não vê alternativa. Aí, de outro lado, você tem um apelo muito forte

aproveitados em outras estratégias de combate à criminalidade, como o investimento em medidas alternativas (tornozeleiras eletrônicas, liberdades vigiadas etc) ou, fundamentalmente, em políticas públicas de educação.

Visualiza-se em um Estado punitivo, por outro lado, o incremento da defesa de um direito penal do inimigo⁷³. Parece lógico que a sustentação do poder estatal securitário se baseie em doutrinas que o sustente. A ideia do direito penal do inimigo é de um direito penal voltado, direcionado para os violadores do pacto de convivência comunitária, quais sejam, agentes de terrorismo. Desta feita, haveria uma distinção entre um direito penal ordinário ou normal, aplicável ao cidadão respeitador do pacto original de convivência em sociedade, embora agente de crimes relevantes e uma outra via – o direito penal do inimigo⁷⁴ – cuja incidência seria restrita aos que se puseram em oposição ao pacto de convivência.

Esta tormentosa discussão já foi alvo de tratamento pelo Superior Tribunal de Justiça, embora de forma incipiente⁷⁵.

com a questão das drogas. Vale lembrar que o sistema penitenciário federal tem algumas particularidades em relação aos presídios estaduais, como maior segurança e celas completamente individuais. O tipo de construção, quantidade e treinamento diferenciado dos funcionários também interferem nesse processo. Além do custo do preso federal, o Depen tem também uma estimativa de que o preso estadual custa R\$ 1.800, valor que varia de acordo com a unidade e o Estado. Ainda assim, o custo do preso estadual é maior que o gasto com o universitário. Gomes explica que nem penas menores nem punições menos severas resolveriam o problema. Uma solução, segundo ele, seria o Estado pensar e colocar em prática uma política da prevenção da violência. — O povo continua cada vez menos preparado para a vida e para a competitividade. O brasileiro é pouco competitivo por falta de educação. No lugar de construir presídios, nós tínhamos de construir escolas. O Brasil terminou 2011 com 514.582 presos, o que significa dizer que há 269,79 detidos para cada 100 mil habitantes. O professor José Marcelino também relembra que há um apelo muito negativo nesta troca de valores. — É o barato que sai caro. Você economiza naquilo que de fato você sabe que dá resultado, que é a educação, e aí gasta naquilo que você sabe que não dá resultado, que é pôr as pessoas na cadeia. O levantamento feito pelo Inep não leva em conta gastos como reformas e aposentadorias, que, neste caso, caberia à Previdência. Se esses custos fossem considerados, poderiam perder o caráter de investimento direto, uma vez que o funcionalismo e as estruturas das secretarias de ensino não necessariamente refletem no valor de cada aluno”. Disponível em <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/preso-federal-custa-mais-que-o-dobro-que-universitario-20121010.html>. Acesso em 29/03/2015.

⁷³ Teoria (*Feindstrafrecht*, em alemão) defendida por Günther Jakobs, doutrinador alemão que a sustenta desde 1985 com base em políticas públicas de combate à criminalidade interna e/ou internacional. A tese de Jakobs está assentada em três pilares: (a) antecipação da punição; (b) desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais; (c) criação de leis severas direcionadas à clientela (terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros) dessa específica engenharia de controle social. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em <http://cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso em 02/02/2015.

⁷⁴ Hans Welzel, antecessor e mestre de Jakobs, elaborou uma crítica antecipada ao direito penal do inimigo: “o Direito também pode obrigar ao homem só enquanto pessoa. Mas então tem por sua vez que reconhecê-lo como pessoa. O Direito, enquanto ordem normativa, pressupõe como própria condição de possibilidade, o reconhecimento do homem como pessoa. Aqui – no reconhecimento tacitamente pressuposto do homem como pessoa – reside a diferença decisiva entre o Direito e o simples poder”. (**Estudios de Derecho Penal**. Madri: Editora B de F, 2005, p. 214).

Na primeira, das decisões colacionadas, há simples menção na ementa sobre o direito penal do inimigo, sem maiores esclarecimentos posteriores. No corpo do voto, em duas passagens o tema do direito penal do inimigo foi tratado:

Sustenta o impetrante que os pacientes são vítimas de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a ação penal contra eles instaurada estaria eivada de nulidade, porquanto a magistrada singular teria adotado o Direito Penal do Inimigo ao julgá-los.

Argumenta que a Juíza de primeiro grau teria violado as garantias constitucionais, bem como a competência do juízo das execuções criminais ao incluir os réus no regime disciplinar diferenciado quando decretou suas prisões preventivas.

Defende que teria havido favorecimento da acusação, acarretando, assim, desequilíbrio na paridade de armas, tendo em vista que a defesa teve indeferidas as diligências requeridas na fase do art. 499 do Código de Processo Penal.

Observa que a condenação estaria baseada em provas ilícitas, porquanto testemunhas teriam sido ouvidas na sede do Ministério Público, após a quebra ilegal do sigilo das comunicações telefônicas, antes de serem inquiridas judicialmente, por determinação da magistrada responsável pelo feito. (...)

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo penal (artigo 3º da

⁷⁵ Ementa. HABEAS CORPUS. FRAUDE PARA O RECEBIMENTO DE SEGURO E INCÊNDIO (ARTIGOS 171, § 5º, E 250 DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA NULIDADE DA AÇÃO PENAL PELA ADOÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO. MAGISTRADA DE ORIGEM QUE TERIA DETERMINADO O CUMPRIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA DOS PACIENTES EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. AVENTADA NECESSIDADE DE ABSORÇÃO DO DELITO DE INCÊNDIO PELO DE FRAUDE PARA O RECEBIMENTO DE SEGURO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. TEMAS NÃO SUSCITADOS PELA DEFESA DURANTE O CURSO DA AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. (Processo HC 203857 / AC HABEAS CORPUS 2011/0084684-2 Relator(a) Ministro JORGE MUSSI (1138) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 06/03/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 20/03/2012).

Ementa. HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. SÚMULA N.º 444/STJ. INDEVIDA CONSIDERAÇÃO QUANTO ÀS CONSEQÜÊNCIAS DO DELITO. PRODUTOS ROUBADOS QUE FORAM RESTITUÍDOS. IMPOSSIBILIDADE DE A POBREZA SER CONSIDERADA CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL, BEM ASSIM A ASSISTÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA. VEDAÇÃO À INCIDÊNCIA DO QUE A DOUTRINA DENOMINA DIREITO PENAL DO INIMIGO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Por tal razão fora editada a Súmula n.º 444/STJ: "[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

2. A gravidade do crime também não pode ser considerada como circunstância desfavorável, se não há indicação de elementos concretos. Especialmente na hipótese, em que os produtos roubados foram restituídos pela polícia, não tendo havido indicação de maiores prejuízos.

3. Não enseja nenhum tipo de mácula ao ordenamento penal o fato de o Paciente não ter boas condições econômicas, ou ser assistido pela Defensoria Pública, sendo evidente que tais circunstâncias não podem ser consideradas como desfavoráveis. Admitir-se o contrário seria referendar verdadeira prática do que a doutrina denomina Direito Penal do Inimigo.

4. Ordem concedida para estabelecer a pena privativa de liberdade do Paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão, mantida, nos demais termos, a condenação.

3. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

(HC 152144 / ES HABEAS CORPUS 2009/0212647-2 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 28/06/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 01/08/2011).

Lei Processual Penal), devolve para o órgão ad quem apenas o exame da matéria impugnada, que se restringe aos limites da impugnação, o Tribunal impetrado não tratou da nulidade da ação pela ante a aventada adoção do Direito Penal do Inimigo, tampouco da necessidade de absorção do delito de incêndio pelo de fraude para o recebimento de seguro, que deveriam, por óbvio, ter sido pleiteadas no momento oportuno e perante o juízo competente, garantindo-se o indispensável contraditório⁷⁶.

Observa-se que o Ministro Julgador, nos dois trechos trazidos à colação, não se deteve na análise da doutrina do Direito Penal do Inimigo, mas se limitou a narrar as alegações da impetrante e mencionar parte da matéria não analisada pela corte que julgou o recurso de apelação da sentença condenatória.

Na segunda decisão, aprofunda-se um pouco mais a questão na ementa para estabelecer que pobreza⁷⁷ e assistência por defensoria pública não podem ser valoradas como circunstâncias desfavoráveis ao réu na ação penal.

No corpo do texto, a menção, porém, é breve:

Com efeito, não enseja nenhum tipo de mácula ao ordenamento penal o fato de o Paciente não ter boas condições econômicas ou ser assistido pela Defensoria Pública, sendo evidente que tais circunstâncias não podem ser consideradas desfavoráveis. Admitir-se o contrário seria referendar verdadeira prática do que a doutrina chama de Direito Penal do Inimigo⁷⁸.

Vê-se, portanto, que a Ministra Relatora limitou-se, em suas razões, a consignar o que restou expresso na ementa acerca da doutrina do Direito Penal do Inimigo.

Embora sem constituir o cerne da presente tese, deve-se ponderar sobre o perigo da adoção de uma distinção entre “direitos penais” com incidências distintas, determinadas por critérios arbitrários de pertença ou obediência ao compromisso de convivência social.

Nas palavras de Cirino dos Santos, na referida distinção entre cidadãos e inimigos, Jakobs não exita em consignar conceito descritivo a inimigo, referindo-se a uma realidade em si do ser social, verificável por meio de diagnósticos de personalidade que conduziriam a prognoses de comportamentos futuros de viés criminoso, nos seguintes termos:

⁷⁶ Disponível em <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

⁷⁷ Assevera Cirino dos Santos: “sem dúvida, são eles que constituem a clientela do sistema e são por ele, virtualmente, oprimidos. Só os pobres sofrem os processos de vadiagem e só eles são vítimas das batidas policiais com o seu cortejo de ofensas e humilhações. Só os pobres são ilegalmente presos para averiguações, enquanto os ricos, que nunca vão para as prisões, livram-se facilmente, contratando bons advogados, recorrendo ao tráfico de influência e à corrupção. Em situações excepcionais quando isso vem a suceder, logo ficam doentes e são internados nos hospitais. Parece certo que a realização do sistema punitivo funciona como um processo de marginalização social, para atingir uma determinada clientela, que está precisamente, entre os mais desfavorecidos da sociedade”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Violência Institucional*. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. 28, p. 43

⁷⁸ Disponível em <https://www2.stj.jus.br/websecstj>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

- a) o *cidadão* é autor de crimes *normais*, que preserva uma atitude de *fidelidade jurídica* intrínseca, uma base subjetiva real capaz de manter as *expectativas normativas* da comunidade, conservando a qualidade de *pessoa* portadora de direitos, porque *não desafia* o sistema social;
- b) o *inimigo* é autor de crimes de *alta traição*, que assume uma atitude de *insubordinação jurídica* intrínseca, uma base subjetiva real, capaz de produzir um *estado de guerra*, contra a sociedade, com a permanente frustração de *expectativas normativas* da comunidade, perdendo a qualidade de *pessoa* portadora de direitos, porque *não desafia* o sistema social⁷⁹.

Eleger “cidadãos” e “inimigos” do Estado é nítida demonstração de força e arbítrio no âmbito de um Estado muito mais voltado aos imperativos da segurança do que ao prestígio de direitos fundamentais. Ocorre que, por vezes, o aumento da criminalidade e das dificuldades de combate à prática criminosa parece fomentar uma ambiência propícia a doutrinas de cunho securitário e caráter utilitarista.

Ora, a partir de um ponto de vista valorativo, define-se o amigo e o inimigo, o que, além de perigoso, resulta insustentável porque admite pessoas alheias ao pacto. Ademais, é deficiente sob o ponto de vista democrático e reprovável sob o aspecto ético por considerar o outro como objeto⁸⁰.

E mais, o autor da definição, ainda que esta fosse viável e aceitável, não possui legitimidade para realização de semelhante discrimen, o qual resulta inválido a priori. Assim, inquinado de vícios de conteúdo, forma e legitimidade, a distinção não se sustenta nem mesmo por razões de ordem prática.

Não se pode admitir, do ponto de vista ético, uma distinção entre amigo e inimigo, na medida em que representaria ignorar a qualidade intrínseca da dignidade da pessoa humana⁸¹, além de vilipendiar o princípio da igualdade. Ademais, do ponto de vista jurídico, também não se fundamenta a distinção no bojo de um direito penal iluminista e democrático.

⁷⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em <https://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direto%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso em 02/02/2015.

⁸⁰ COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário. **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 119.

⁸¹ Chaves Camargo afirma que a “(...) pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser”. CAMARGO, Chaves de. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, pp. 27-28

Aduz José de Faria Costa que, no Estado punitivo, afirma-se a soberba ética, pois aqueles que praticam crimes são tidos por eticamente inferiores, olvidando-se o contexto histórico das infrações e do tempo, dando maior significado ao momento. E mais, por situar a punição do âmago de sua afirmação de poder, agudiza e clama como merecedores de aplausos os que não praticam crimes e, por outro lado, discrimina e estigmatiza os que praticam ilícitos criminais⁸².

O Estado punitivo antagoniza os autores de ilícitos criminais e os estigmatiza para que sirvam de exemplo para a não realização de condutas proibidas. Ocorre que este modelo de “prevenção geral” não tem eficácia comprovada, além do que ultrapassa os limites dos poderes estatais no trato das questões criminais.

Por fim, qualifica o Estado punitivo a absoluta contração de espaços livres de direito, ou seja, a abundância das normas jurídicas para a disciplina da mais ampla variedade de comportamentos humanos. Por consequência, esmaga-se a ideia de liberdade, em contradição à noção corrente de que o direito se mostra tanto melhor quanto menor for seu âmbito intervencionista na vida social⁸³.

1.2 Concepções estrita e ampla do conceito de Direito Penal Econômico

De início, deve-se deixar consignado que a conceituação do direito penal econômico é uma das tarefas mais árduas na doutrina penal, sendo comuns definições ora excessivamente amplas, que inserem em seu bojo temas não relacionados diretamente ao âmbito econômico, ora demasiado estritas, que não abarcam o inteiro conteúdo do objeto em referência.

Para Enrique R. Aftalión, a tarefa de definir o Direito Penal Econômico não é fácil, pois “basta referirlo genericamente a lo económico, pues con este criterio amplissimo vendría a acaparar y reunir temas tan dispares como el regimen de la propiedad, el contrato de compraventa, el hurto y las defraudaciones, etc⁸⁴”.

⁸² CAMARGO, Chaves de. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 121.

⁸³ COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 121.

⁸⁴ AFTALIÓN, Enrique R. **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1959, p. 18. Tradução livre: “basta referi-lo genericamente ao econômico, pois com este critério amplíssimo viria a abraçar e reunir temas tão distintos como o regime da propriedade, o contrato de compra e venda, o furto, as defraudações, etc”.

Ora, diante das dificuldades da definição, cumpre-se, em primeiro lugar, eleger um critério de delimitação que permita abarcar no mesmo conceito o gênero⁸⁵ próximo e a diferença⁸⁶ específica.

Em outras palavras, se é certo que o direito penal econômico é um setor do direito penal, cumpre apontar seus traços característicos que permitem distingui-lo dos demais setores daquele ramo do direito.

Entretanto, pode-se estabelecer que, neste passo do desenvolvimento da matéria, a proteção de bens jurídicos estatais relacionados à atividade econômica ou à organização e regulação estatal da ordem socioeconômica representam o direito penal econômico em sentido estrito, ao passo que uma visão mais ampla possui distinto espectro. Relaciona-se com a previsão de normas de conduta indispensáveis para a sobrevivência da vigente ordem socioeconômica, o que inclui os crimes cometidos por devedores comerciantes ou não contra seus credores, os crimes cometidos por administradores de pessoas jurídicas⁸⁷ contra os interesses patrimoniais dos sócios ou ainda os deveres profissionais de controle da origem de determinados recursos⁸⁸.

⁸⁵ Aristóteles distinguiu três significações deste termo: 1.^a geração; 2.^a estirpe; 3.^a o sujeito ao qual se atribuem as oposições ou as diferenças específicas. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 557.

⁸⁶ Determinação da alteridade. A alteridade não implica, em si, nenhuma determinação; por exemplo, “a é outra coisa que não b”. A D. implica uma determinação: a é diferente de b na cor ou na forma etc. Isso significa: as coisas só podem diferir se têm em comum a coisa em que diferem: por exemplo, a cor, a configuração, a forma etc. Segundo Aristóteles, que estabeleceu claramente essas distinções, as coisas se diferem em gênero se têm a matéria em comum e não se transformam uma na outra (p. ex., se são coisas que pertencem a diferentes categorias); diferem em espécie sem pertencem ao mesmo gênero (*Met.*, X, 3, 1054 a 23). ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 325,

⁸⁷ Segundo Tiedemann, “Si la persona jurídica puede celebrar contratos p. ej. de compraventa es ella quien está sujeta a obligaciones originadas por esos contratos y es ella quien puede violar esas obligaciones. Esto quiere decir que la persona jurídica puede actuar de manera antijurídica” e “...no es casualidad que en el mundo anglosajón se haya comenzado a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de las asociaciones en el campo de los delitos de omisión y los delitos imprudentes porque aquí no cuenta, o no cuenta totalmente, la acción física sino lo que importa es la violación de las medidas y expectativas normativas para imputar un resultado nocivo a una persona natural”. TIEDEMANN, Klaus. **Derecho penal y nuevas formas de criminalidad**. (Traducido por el profesor Manuel Abanto Vásquez). 2. ed. Lima: Editorial GRIJLEY, 2001, pp. 102-103. Tradução livre: “Se a pessoa jurídica pode celebrar contratos, por exemplo, de compra e venda, é ela que está sujeita às obrigações originadas por estes contratos e é ela que pode violar estas obrigações. Isto quer dizer que a pessoa jurídica pode atuar de maneira antijurídica” e “não é causalidade que no mundo anglo-saxão se tenha começado a admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e das associações no campo dos delitos de omissão e dos delitos culposos porque aqui não importa, ou não importa totalmente, a ação física, mas o que importa é a violação das medidas e expectativas normativas para imputar um resultado nocivo a uma pessoa natural”.

⁸⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 207.

De início, faz-se necessário colher os ensinamentos de Eros Grau, para quem a ordem econômica é:

[...]um conjunto ou mesmo um sistema de normas, a realidade do mundo do ser, quando referida pela expressão, é antecipadamente descrita (na síntese que a expressão encerra) como adequadamente 'ordenada', isto é, normatizada e, portanto, regulada⁸⁹.

Vê-se, portanto, que o direito penal econômico pode ser entendido de uma forma mais ampla ou mais estrita. Nesta, relaciona-se diretamente a tipos que tutelam bens jurídicos diretamente atrelados à regulamentação do Estado sobre a ordem econômica. Do ponto de vista amplo, engloba uma série de condutas proibidas não relacionadas diretamente com a regulação estatal do sistema econômico, mas que trazem referências à atividade econômica em seu bojo.

Assim, é razoável admitir como delitos socioeconômicos aqueles que violam deveres básicos dos agentes que atuam no subsistema econômico ou um elenco definível como econômico⁹⁰, por exemplo, gestor empresarial, que em certas circunstâncias podem lesionar ou ameaçar de lesão bens coletivos (direito penal econômico *stricto sensu*) ao passo que em outras representam agressões contra bens jurídicos patrimoniais individuais (direito penal econômico *lato sensu*)⁹¹.

Esta distinção não é meramente retórica. A opção por um conceito estrito ou um conceito amplo não se restringe à produção de resultados didáticos, mas apresenta repercussões práticas no entendimento da criminalidade econômica e na interpretação dos institutos da teoria geral do crime aplicáveis àquelas espécies delitivas.

Basta pensar, neste aspecto, na posição dos notários ou tabeliães. Se, a princípio, parecem afastados das figuras típicas mais comuns do direito penal econômico, quando recebem deveres assegurados jurídico-penalmente de colaboração com o controle de origem e fluxo de capital, passa, sob este aspecto, à abrangência do direito penal econômico. Se a princípio relevava-se a proteção de bens jurídicos estatais, passaram a ter mais relevância os crimes que buscam garantir condições básicas ou elementos indispensáveis ao funcionamento

⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 71.

⁹⁰ Para José Afonso da Silva, “a atuação do Estado, assim, não é nada mais nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica [...]”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 89.

⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, pp. 207-208.

da economia de mercado ou da própria atividade econômica em um ambiente de economia de mercado⁹².

Ou seja, numa acepção mais lata, o direito penal econômico não está restrito a condutas relacionadas ao controle estatal do setor econômico, mas alcança também condutas que, dissociadas da regulação estatal, lesam ou põem em perigo elementos do complexo funcionamento da economia capitalista.

Sem dúvida, neste passo, merece especial menção a gênese de bens jurídicos com referência direta ao princípio da confiança, a exemplo do escorrito funcionamento das sociedades e da própria economia. Nestas situações, está-se a referir não propriamente ao bem jurídico de cada figura típica prevista, mas à função genérica de estabilização conferida pelo direito no subsistema econômico⁹³.

De fato, existe um interesse da sociedade de uma forma geral em que as sociedades produtoras de riqueza e o sistema econômico, como um todo, apresentem um regular funcionamento, o que pode ser entendido como um verdadeiro interesse difuso.

O que se tem como denominador comum nos crimes econômicos é que estão sempre relacionados com regras de natureza econômica ou com atuações em subsistemas econômicos, tendo em vista determinados direitos, liberdades e deveres. Verifica-se no bojo do direito penal econômico uma teia de relações sociais com expressão e que demandam a atuação daquele ramo e explica a massificação de delitos especiais⁹⁴.

Neste passo, note-se que a referência à abundância dos tipos de direito penal econômico como consequência do amplo tecido de relações sociais a tutelar não significa concordância com a política legislativa de proliferação de tipos penais ao mero sabor dos influxos da opinião pública e das conveniências eleitoreiras.

Na tentativa de definir o direito penal econômico, conceituou-o Manoel Pedro Pimental como “o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes⁹⁵”.

⁹² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones acutales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, pp. 207-208, p. 208.

⁹³ Idem, pp. 208-209.

⁹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones acutales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 209.

⁹⁵ PIMENTEL, Manuel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 10.

De início, pode-se objetar à definição acima a sua natureza extremamente vaga. De fato, a partir dos contornos delineados, é possível vincular o direito penal econômico a qualquer infração relacionada às relações de natureza econômica.

Ademais, não se pode sequer aduzir que, nos termos apontados, apenas crimes e contravenções estariam inseridos no conceito, mas também infrações de natureza administrativa, o que, por óbvio, não pode ser considerado como direito penal. Ora, não se está a defender uma distinção ontológica entre as infrações penais econômicas e as administrativas econômicas. Entretanto, esta realidade não autoriza a adoção de um conceito tão amplo de direito penal econômico que torne impossível se conhecer a amplitude real do conteúdo a ser trabalhado.

Para Eduardo Novoa Monreal, ao tratar de Direito Econômico devem-se utilizar elementos situados fora da fronteira do estritamente jurídico, além de lançar mão de conceitos e realidades que transcendem até mesmo as ciências sociais não jurídicas e as experiências sociais concretas⁹⁶.

É certo, por outro lado, que não há um consenso doutrinário sobre o conceito de direito penal econômico e esta realidade não é exclusiva do plano nacional, mas também campeia o direito comparado.

Entende Klaus Tiedemann que o Direito Econômico representa um setor *sui generis* em ordenamentos jurídicos de muitos Estados, na medida em que não se restringe ao direito administrativo, como entendem alguns privatistas e economistas, mas também abrange aspectos que, segundo a distinção clássica, tocam ao Direito Civil. Desta forma, o Direito Penal Econômico é tido agora na Alemanha de forma tão ampla, que abrange muitas matérias de Direito Comercial, da competência das Câmaras de Direito Penal Econômico dos Tribunais Regionais e das promotorias especializadas na persecução dos delitos econômicos⁹⁷.

Infere-se da definição de Tiedmann que o direito econômico é um setor do direito não previsto inicialmente na clássica divisão entre o direito público e o direito privado, mas que surgiu a posteriori, como resposta às necessidades de regulamentação de um específico setor, qual seja, a ordem econômica.

Da mesma forma, o direito penal econômico não se enquadra em uma definição que tome o direito penal como sinônimo de direito penal clássico ou nuclear, na medida em que

⁹⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, p. 90-121, jan./jun. 1982, p. 95.

⁹⁷ TIEDMANN, Klaus. **Poder Economico y Delito**. Barcelona: Ariel Derecho, 1985, p. 9.

surgiu e se desenvolveu em momento histórico posterior e com feições também distintas. Por esta razão, deve-se questionar e ponderar quais são os limites de aplicação e interpretação dos institutos dogmáticos clássicos a esta “nova” realidade de infrações penais.

Segundo Alfredo Etcheverry, estas novas figuras típicas:

[...] devem constituir uma espécie de direito penal diverso do direito penal comum, ao que se costuma chamar direito penal econômico. Diz-se que junto como o direito penal administrativo, constituiriam ramos separados e diferentes do direito penal comum, caracterizados tanto por seu objeto como por suas modalidades. Seu objeto não residiria precisamente no bem comum nem na defesa social, mas sim no bem-estar ou interesse econômico do Estado, e quanto a suas modalidades, nele se observariam com menos rigidez os princípios de tipificação dos delitos⁹⁸.

Pois bem, frente a estes questionamentos e na tentativa de obter um conceito do direito penal econômico que permita trabalhá-lo com foros de cientificidade, cumpre apontar, ainda que de forma sintética, os princípios⁹⁹ que o inspiram.

De início, deve-se apontar que nem todas as condutas merecem ser coibidas pelo direito penal, mas apenas aquelas ações mais graves dirigidas a bens jurídicos¹⁰⁰ mais caros à sociedade, forte no princípio da fragmentariedade¹⁰¹. O princípio da ofensividade¹⁰², sob outro prisma, exige que, no âmbito do direito penal, somente haverá intervenção¹⁰³ quando houver lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos concretos.

⁹⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Objetividade jurídica do delito econômico. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, p. 99-107, jul./set. 1964, p. 103.

⁹⁹ Para além da obviedade do princípio da legalidade, inerente a qualquer crivo penal, relevante destacar que a nocividade social constitui ponto fundamental para o princípio da ofensividade, justificando-se a intervenção estatal apenas se vinculada a um critério de desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade do bem jurídico protegido, sendo imperioso o significado das expressões “dignidade penal” e “carência de sanção penal”, figurando imprescindível relevar a concepção fragmentária, proporcional e de intervenção mínima do direito penal econômico. REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional**. p. 14. .

¹⁰⁰ Bem, em um sentido muito amplo, é tudo que se nos apresenta como digno, útil, necessário e valioso (...). Os bens são, pois, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, “valem”. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15.

¹⁰¹ Partindo da premissa de que nem todas as lesões e bens jurídicos protegidos devem ser tutelados e sancionados pela via penal, relevante se torna o estudo dos princípios da fragmentariedade, ofensividade e lesividade, tornando-se imprescindível a afirmação no sentido de que o Direito Penal somente deverá interferir se houver lesividade concreta ao bem jurídico-criminal que afronte efetivamente a comunidade social. REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional**. p. 14.

¹⁰² Processo AgRg no AREsp 434708 / GO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0381828-2 Relator(a) Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 03/02/2015 Data da Publicação/Fonte DJe 09/02/2015 Ementa. PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Para Mantovani, no curso da história, o direito penal divide-se entre dois princípios, correspondentes a modelos antagônicos: o princípio da ofensividade do fato e o princípio do crime como mera violação do dever¹⁰⁴.

Segundo Muñoz Conde e García Arán, apenas as condutas que exponham a perigo ou lesionem um determinado bem jurídico podem ser objeto do Direito Penal. Entretanto, a própria vaguidade do conceito e a possibilidade de sua manipulação demonstram a necessidade de posteriores precisões conceituais, a que se dedica hoje a Ciência do Direito Penal¹⁰⁵.

A própria existência de um bem jurídico a priori e passível de mera verificação não é suficiente.

Para Conde e Arán, tal discussão não teria maiores repercussões se o bem jurídico existisse na própria realidade social e fosse apenas dela extraído pelo legislador, para outorga de proteção. Entretanto, o conceito de bem jurídico é normativo, criação artificial, como produto de um consenso ou de um processo de constituição que, por essência, é reelaborado, e não raro, manipulado e corrompido em suas notas constitutivas essenciais¹⁰⁶.

1. Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: (I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II) ausência total de periculosidade social da ação; (III) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada (conforme decidido nos autos do HC n. 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/4/2004).

2. A conduta perpetrada pelo acusado - qual seja, a de subtrair um pó de maquiagem e uma colônia marca Racco pertencentes ao estabelecimento denominado "Sueli Centro de Beleza" - não se revela de escassa ofensividade penal e social, pois a lesão jurídica provocada não pode ser considerada insignificante, principalmente considerando-se que o agravante é reincidente e que o valor dos bens subtraídos perfaz mais de 20% do salário mínimo vigente à época.

3. Agravo regimental não provido

¹⁰³ As questões da fundamentação da intervenção penal não se confundem, nem substituem, mas influenciam significativamente os problemas próprios de aplicação. Essa influência pode ter lugar de várias maneiras: numa perspectiva constitutiva, posto que a reconstrução do sistema dogmático de aplicação do Direito Penal assimila ou absorve as estruturas de validade jurídico-penal; numa perspectiva metodológica, na medida em que proporciona ao labor interpretativo e dogmático uma função de alívio, por via da qual o aplicador é dispensado de se interrogar constantemente sobre a validade das normas que aplica, sob pena de a decisão jurídica se tornar uma tarefa penosa e infundável; e ainda numa perspectiva prática pois, por exemplo, a problemática da justificação do facto, fundada na necessidade de resolver conflitos de interesses, depende da natureza e do valor dos bens jurídicos em causa. DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 20-21.

¹⁰⁴ MANTOVANI, Ferrando. **Principi di diritto penale**. Padova: Cedam, 2002, p.81.

¹⁰⁵ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**. Parte General. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, p. 77.

¹⁰⁶ Idem, p. 78.

Ocorre que o referido conceito normativo de bem jurídico somente é extraído após um processo político sujeito a influxos e ideologias distintas, o que o torna suscetível a desvios inaceitáveis.

A autonomia absoluta do Direito Penal na determinação de seus próprios efeitos não autoriza que estes possam ser usados de qualquer maneira, em amplitude e intensidade, para a tutela de bens jurídicos. Pelo princípio da intervenção mínima se defende que os ditos bens jurídicos devem ser protegidos pelo direito penal, mas também do direito penal. Para tanto, se o restabelecimento da ordem jurídica afrontada se torna possível com medidas administrativas ou civis, são estas as que devem ser utilizadas, descartando-se as alternativas penais¹⁰⁷.

Ora, parece bastante claro que, em sendo as medidas penais, por sua natureza, as mais severas, somente devem ser viabilizadas em situações excepcionais, nas quais restaram inúteis ou suficientes as medidas de direito civil ou administrativo para a tutela dos bens jurídicos dignos de proteção. Caso, contrário se estabeleceria uma contradição sistemática ao lançar mão de alternativas mais gravosas e, portanto, desproporcionais, quando soluções mais brandas se afigurassem cabíveis e suficientes.

Para Rene Ariel Dotti:

A participação da comunidade nas questões de Direito Penal jamais poderia se caracterizar pela mera possibilidade, formalmente tolerada, mas pela probabilidade real de atuação junto aos poderes decisórios. As instâncias informais de controle social, onde a família, as entidades de ensino, as associações de classe e outras coletividades possam livremente instituir grupos de pressão e o caminho do Parlamento, em seu mais vigoroso sentido de representação popular e liberto da provação de alvo das intimidações disparadas pelo Executivo, constituem as frentes básicas de reformulação do sistema¹⁰⁸.

Ocorre que nem sempre esta regra teórica encontra amparo na prática legislativa, mormente quando a criação de novas figuras penais e o incremento de penas de tipos existentes mostram-se como respostas eleitoreiras de um legislativo nem sempre comprometido com a principiologia do direito penal, mas muito mais interessado nas impressões da opinião pública.

Neste ponto, necessário discorrer, ainda que brevemente, sobre os limites materiais da intervenção penal.

Para Ferrajoli:

¹⁰⁷ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**. Parte General. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, p. 79.

¹⁰⁸ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 134-135.

Os limites ao jus puniendi situam-se tanto ao nível de criação da norma penal quanto ao de sua aplicação: os limites situados no plano de criação são as chamadas garantias penais; os que se relacionam com a aplicação das normas penais são as denominadas garantias de persecução, processuais e de execução. A conjugação das garantias penais e processuais dá lugar a um sistema penal garantista que não apenas legitima democraticamente o jus puniendi, mas também deslegitima o uso abusivo da potestade punitiva do Estado¹⁰⁹.

Por outro lado, afirma Jesús-María Silva Sánchez que o conhecido fenômeno do expansionismo do direito penal deve ser analisado sob um duplo enfoque. O primeiro enfoque é denominado pelo autor de expansionismo normativo ou prescritivo e o segundo, expansionismo descrito ou prospectivo. Segundo o primeiro, o direito penal deveria alargar sua intensidade e seu objeto, em face das novas realidades dos eventos criminosos. A segunda, ao revés, entende que a expansão do direito penal representa fenômeno inevitável, visto desempenhar objetivos de orientação da sociedade, que antes ficavam a cargo de outras instâncias¹¹⁰.

De toda sorte, o expansionismo é um fenômeno incontornável, progressivo, fomentado pela realidade das sociedades contemporâneas, nas quais se verificam sistemas econômicos e políticos instáveis e da globalização¹¹¹.

Parece mais simples ao legislador atual, em razão das fortes pressões sofridas pela mídia e pela opinião pública, lançar mão do recurso à tutela penal para a orientação dos subsistemas econômico e político, como se a severidade da sanção criminal tivesse a eficácia de evitar as condutas indesejadas.

De fato, ao menos uma dimensão do Direito Penal adota um viés de defesa contra perigos. As causas dessa postura residem na desorientação normativa e no receio à prática criminosa, presente em vários nichos da sociedade, assim como a sentida necessidade de controle de uma sociedade de riscos¹¹².

A necessidade de controle encontra-se cada vez mais difusa nos diferentes extratos sociais, em razão do manejo de tecnologias mais complexas e do incremento da atividade econômica, mormente em âmbito internacional.

Outro limite de proteção dos bens jurídicos por meio do Direito Penal é conferido pela severidade das infrações àqueles bens. Admitido que o conceito material de delito não é

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madri: Trotta, 1999, p. 42.

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 74.

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 74.

¹¹² Idem, p. 77.

apenas o desvalor, lesão ou ameaça de perigo do bem jurídico, mas também o desvalor da ação, a proteção dada aos bens jurídicos pelo Direito Penal somente se pode fazer por meio da incriminação das condutas que os atacam. Este procedimento de incriminação se estabelece por meio da tipificação das condutas indesejadas, as quais representam, em seu bojo, o que o legislador considera que deve ser proibido¹¹³.

De fato, as normas proibitivas estão subjacentes aos tipos penais. Por meio da inteligência da figura típica, na sua expressão de ação ou omissão, pode-se concluir pela norma legal que tutela o bem jurídico a que o legislador entendeu conferir tutela.

Ocorre, por outro lado, que nem todas as ações que se dirigem contra os bens jurídicos são vedadas pelo direito penal e nem todos os bens jurídicos existentes são tutelados por ele. O direito penal se resume a tipificar apenas os comportamentos mais graves contra os bens jurídicos de maior relevo, o que determina seu caráter fragmentário. Com efeito, de todas as possíveis ações coibidas e bens jurídicos tutelados pela ordem jurídica, o direito penal apenas se presta a abranger uma parcela, malgrado a mais relevante¹¹⁴.

E concluem Munõz Conde e García Arán que a natureza fragmentária do direito penal se expressa de maneira tríplice nas distintas legislações criminais. Em primeiro lugar, na defesa do bem jurídico apenas contra ataques de especial gravidade, demandando intenções e tendências e afastando a punibilidade dos crimes culposos em algumas situações. Em segundo lugar, ao tipificar penalmente apenas uma parte do que nos demais ramos do sistema jurídico é tido por antijurídico. Finalmente, reservando à esfera do impunível as ações apenas imorais¹¹⁵.

Depreende-se do exposto que o bem jurídico é um indispensável fundamento autorizativo da intervenção penal na regência da convivência social, mas não é o único critério para a limitação do poder punitivo do Estado.

A atuação do direito penal na proteção dos bens jurídicos depende do critério de merecimento da pena, ou seja, de um juízo sobre se um comportamento específico que afeta um bem jurídico merece, pela gravidade do ataque, pela relevância do bem jurídico, e outros fatores, ser penalmente castigado. Nesta atividade decisória, o legislador se pauta não somente em critérios de Justiça, mas também de oportunidade e utilidade social¹¹⁶.

¹¹³ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**. Parte General. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, p. 79.

¹¹⁴ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**. Parte General. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, p. 79.

¹¹⁵ Idem, p. 80.

¹¹⁶ Idem, p. 79.

Por exemplo, em um Estado Democrático de Direito, resultaria excessivamente injusto sancionar um furto¹¹⁷ de pequena quantia com pena capital ou com dezenas de anos de reclusão, por mais que se afirmasse a utilidade da sanção para fins de prevenção da prática delitiva¹¹⁸.

Retome-se, neste ponto, acrítica já feita no presente trabalho à pena como forma de prevenção geral.

Na hipótese em que existem dúvidas e questionamentos sobre o dito merecimento da sanção penal, imperativo escudar-se no princípio do *in dubio pro reo* e optar-se pela não aplicação da sanção¹¹⁹.

É certo, por outro lado, que a aplicação do princípio de favorecimento do réu em caso de dúvida é técnica de julgamento a ser implementada em processo penal, após a previsão em abstrato da conduta punível e a sua perpetração, ao menos em tese, no plano dos fatos.

Para Luiz Luisi, corresponde a uma faceta de afirmação dos direitos do homem e do cidadão e conseqüente limitação do poder do Estado, para efetivação de direitos humanos e cidadania, principalmente no que tange à inviolabilidade da liberdade individual¹²⁰.

Em conclusão, a tutela de bens jurídicos através do Direito Penal, mais do que um tema atinente à dogmática do direito, é matéria de política criminal, o que demanda a adoção de alguns critérios a serem considerados no momento da gênese das normas penais, isto é, para a orientação da atividade legiferante de criação de tipos penais¹²¹.

Isto porque resulta indiscutível que o dever/poder atribuído aos legisladores para a produção de normas proibitivas não é um “cheque em branco”, ou seja, uma outorga vazia, sem parâmetros ou conteúdos mínimos. Ora, a própria existência do bem jurídico, como

¹¹⁷ Código Penal

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996).

¹¹⁸ Aliás, em casos desta natureza, seria necessário, inclusive, aplicar o princípio da insignificância, nos termos do julgado abaixo:

fundamento e limite para as incriminações penais, indica que há marcos a serem seguidos e que eventual desvio torna o procedimento corrompido.

Num primeiro aspecto, o princípio da proteção dos bens jurídicos impede a incriminação de simples divergências religiosas, políticas ou ideológicas, além das imoralidades que não atingem os direitos de terceiros. Caso contrário, em existindo norma penal que não objetive a tutela de um bem jurídico, trata-se de regra arbitrária e, portanto, nula, sindicável face o princípio da intervenção mínima, ainda que inexistam norma constitucional expressa que consagre o referido princípio. A função do Estado é, portanto, assegurar a ordem externa e não tutelar a moral dos indivíduos¹²².

O que quer significar que o direito penal caracteriza-se pela alteridade, isto é, preocupa-se com comportamentos que transcendem o mero aspecto individual e atingem terceiro ou terceiros. Ademais, não há legitimidade para criação de normas penais que

Ementa. HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. CONTUMÁCIA DE INFRAÇÕES PENAS CUJO BEM JURÍDICO TUTELADO NÃO É O PATRIMÔNIO. DESCONSIDERAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa” (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. Trata-se de furto de um engradado que continha vinte e três garrafas vazias de cerveja e seis cascos de refrigerante, também vazios, bens que foram avaliados em R\$ 16,00 e restituídos à vítima. Consideradas tais circunstâncias, é inegável a presença dos vetores que autorizam a incidência do princípio da insignificância. 4. À luz da teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos, a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal não pode ser valorada, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia (socialmente considerada), como fator impeditivo do princípio da insignificância. 5. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau, na parte em que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância e absolveu o paciente pelo delito de furto. (HC 114723 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento 26/08/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 11-11-2014 PUBLIC 12-11-2014 Parte(s) PACTE.(S): ROBERTO REMACLO RODRIGUES IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC N.º 1.206.030 - MG DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA).

¹¹⁹ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**. Parte General. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, p. 80.

¹²⁰ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 9.

¹²¹ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**. Parte General. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, p. 80.

¹²² Idem, pp. 80-81.

sancionem meros estados ou posturas internas dos sujeitos, sem que haja qualquer repercussão em uma ação externa.

Segundo Roxin, não se pode inferir do bem jurídico um instrumento a partir do qual se pode, de maneira imediata, distinguir, por subsunção e dedução, a conduta punível e a que deve ser conduzida à impunidade. Em realidade, trata-se do que se pode qualificar como digno de proteção para fins de direito penal¹²³.

A ideia do direito penal como ferramenta de proteção de bens jurídicos não implica necessariamente na obrigação do legislador em cominar sanções penais a todas as condutas que lesionem ou ponham em perigo bens jurídicos, quando a proteção daqueles pode ser obtida de maneira efetiva por instrumentos jurídicos extrapenais¹²⁴.

É evidente, por outro lado, que, em algumas situações específicas, a dignidade do bem jurídico a ser protegido (vida, liberdade, etc.) apontam para a necessidade de criação de normas penais de tutela e conseqüente recurso à sanção como resultado do descumprimento da obrigação de respeito ao referido bem¹²⁵.

¹²³ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1993, p. 61

¹²⁴ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**. Parte General. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, p. 81.

¹²⁵ A título de exemplos, previstos no Código Penal Brasileiro:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo: (Vide Lei nº 4.611, de 1965)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de catorze anos. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990)

§ 4o No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o

Ainda nos dias atuais três são as teorias que procuram dar solução aos questionamentos acerca do fundamento que legitima o Direito Penal para tolher a liberdade individual ou restringir outros bens jurídicos de titularidade dos cidadãos: teoria da retribuição, teoria da prevenção e teoria da ressocialização¹²⁶.

Diga-se, de logo, que, no século XIX, a doutrina costumava distinguir entre teorias absolutas (retribuição) e teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial). Ocorre que uma análise mais atual do tema indica que esta rigorosa distinção não merece prosperar, posto constituir uma simplificação de discussões que se apresentam muito mais árduas.

Na prática, aqueles autores ditos retributivistas também entendiam possuir o Direito Penal fins preventivos, ao passo que os nominados preventivistas também se aproximavam dos primeiros, o que se verifica na distinção empreendida entre fundamento jurídico e função da pena. Ademais, somavam-se variegadas vertentes de teorias unificadoras, o que denota que a questão era, de fato, muito mais complexa que uma mera visão bipartida de teorias da pena¹²⁷.

Com o passar do tempo, verifica-se que, no âmbito da chamada prevenção especial, perderam força nos debates teóricos a intimidação individual e a inocuidade. Seus

homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio. (Incluído pela Lei nº 12.720, de 2012).

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Sequestro e cárcere privado

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: (Vide Lei nº 10.446, de 2002)

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III - se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias.

IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

V - se o crime é praticado com fins libidinosos. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 312-313.

¹²⁷ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal. Parte General**. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, p. 313.

fundamentos teóricos de legitimação da intervenção punitiva findaram por se esmorecer, restando ainda, não sem críticas, a ressocialização¹²⁸.

Cirino dos Santos aduz que o fato de a pena, segundo a visão da prevenção relativa negativa, ser calcada no fundamento de que a restrição da liberdade ambulatorial do sancionado importa em segurança social parece clara. A denominada incapacitação seletiva de agentes tidos perigosos representa reflexo da execução da reprimenda, uma vez que tolhe a prática de delitos fora dos cárceres e, desta forma, a neutralização do condenado seria uma das funções expressas e obtidas pela sanção penal¹²⁹.

Do exposto, infere-se a inadequação da teoria da prevenção especial negativa. Em primeiro plano, porque os direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente aos indivíduos não autorizam a proposta de inocuização do executado¹³⁰.

Por outro lado, a intimidação individual do sujeito do ilícito penal abre portas para abusos e excessos não compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Inclina-se a doutrina mais recentemente por fundamentar a legitimidade da intervenção penal pela prevenção geral, de modo que a retribuição e a prevenção especial são teorias que tem paulatinamente perdido espaço. À tese da retribuição são contrapostas razões culturais, pois o Estado moderno é avesso a fundamentações metafísicas da pena. Ademais, nos Estados sem base religiosa, resulta também inviável o recurso à analogia do juízo humano como juízo

¹²⁸ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Parte General*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, p. 313.

¹²⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 458.

¹³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

divino final a justificar a pena. E ainda, a aceitação da teoria da retribuição implica em aceitar a culpabilidade no sentido de livre arbítrio¹³¹, o que é bastante discutido pela doutrina¹³².

Carrara desenvolveu alguns princípios que fundamentaram as conclusões da sua escola. Para ele, a essência do crime seria a violação de um direito. E mais, a responsabilização penal só existiria quando a infração fosse percebida dentro da esfera do livre-arbítrio¹³³.

Por outro lado, razões práticas e ideológicas impuseram o arrefecimento da teoria da ressocialização. Em realidade, o apelo à ressocialização como fundamento da pena é altamente discutível, por não ter suficiente base objetiva, e, ademais, sequer existe convencimento de que seja em si mesmo uma razão legítima para a sanção criminal¹³⁴.

A ideia de ressocialização é, de fato, fluida, porque necessariamente lança mão de elementos subjetivos para sua definição, afastando-se de critérios objetivos e, portanto, mais facilmente sindicáveis. Ademais, importa em admitir a substituição dos valores do indivíduo por valores eleitos pelo Estado na definição da figura do sujeito ressocializado.

Diante das críticas tecidas, ressalta-se a relevância da teoria da prevenção geral para legitimar o poder punitivo estatal. Ocorre que a aceitação desta teoria não está imune a críticas, mormente pela possível utilização do sujeito como instrumento de finalidades que a ela transcendem, o que representa uma afronta aos princípios básicos de um direito penal de base liberal¹³⁵.

¹³¹ Ev. Se possível, explica-me agora a razão pela qual Deus concedeu ao homem o livre-arbítrio da vontade, já que, caso não o houvesse recebido, o homem certamente não teria podido pecar.

Ag. Logo, já é para ti uma certeza bem definida haver Deus concedido ao homem esse dom, o qual supões não dever ter sido dado.

Ev. O quanto me parece ter compreendido no livro anterior, é que nós não só possuímos o livre-arbítrio da vontade, mas acontece ainda que é unicamente por ele que pecamos.

Ag. Também me recordo de termos chegado à evidência a respeito desse ponto. Mas, no momento, eu te pergunto o seguinte: esse dom que certamente possuímos e pelo qual pecamos, sabes que foi Deus quem no-lo concedeu? Ev. Na minha opinião, ninguém senão ele, pois é por ele que existimos. E é dele que merecemos receber o castigo ou a recompensa, ao pecar ou ao proceder bem. AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. **O livre arbítrio**. Trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo, Patrística, 1995, p. 73.

¹³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 100.

¹³³ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral, Volume 1**. São Paulo: Saraiva, 1956, *passim*.

¹³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 316.

¹³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 316.

De fato, a partir do Iluminismo, o direito penal passa a sofrer o influxo de ideias liberais de valorização do indivíduo como sujeito de direitos e não como mero objeto voltado à realização de interesses e fins do Estado.

Estas dificuldades de se achar um modelo puro de legitimação da intervenção penal do Estado levaram ao desenvolvimento de teses ditas ecléticas ou mistas, de caráter variado e atualmente dominantes na doutrina¹³⁶. A concepção mais difundida é “a que, sobre um fundamento preventivo-geral, permitiu que em seu âmbito penetrassem considerações derivadas do pensamento retributivo (...), assim como a necessidade (...) de que as penas mantenham uma vertente de ressocialização¹³⁷”.

Nos dias de hoje, observa-se um movimento de expansão do âmbito de intervenção do direito penal para acobertar bens jurídicos ditos universais, isto é, de cada vez mais difícil delimitação. São exemplos a ordenação do território, o meio ambiente, o patrimônio histórico, dentre outros¹³⁸.

Também o bem jurídico ordem econômica, objeto de tutela do direito penal econômico, pode ser considerado como um bem jurídico de feição universal, cuja definição de contornos e amplitude de seu objeto é tarefa das mais complexas e tormentosas.

Entretanto, o incremento da importância dos referidos setores para a sociedade dos dias atuais impõe ao direito penal a tarefa de, ao lado dos bens individuais, amparar os bens jurídicos de conteúdo universal.

Pero ello en ningún caso debería significar la pérdida de identidad del Derecho penal y su conversión en un *soft law* haciéndole cumplir funciones más propias del Derecho civil o administrativo o utilizándolo simplemente como <<tapadera>> de los déficit de funcionamiento de otras ramas del Derecho. El concepto de bien jurídico concebido originariamente como límite del poder punitivo del Estado, se convierte en una legitimación de la ampliación del Derecho Penal a la prevención de riesgos difícilmente identificables como bienes jurídicos. Esta <<funcionalización>> del Derecho penal encierra un peligro de que se le asignen tareas que luego en la práctica no puede cumplir, ofreciendo engañosamente a la opinión pública unas perspectivas de solución a los problemas que luego no se verifican en la realidad¹³⁹.

É exatamente na dificuldade de adaptação do conteúdo dos instrumentos jurídicos do direito penal primário para o direito penal resultante da expansão dos últimos anos que se situa a questão do erro de proibição e dos crimes econômicos, objeto do presente trabalho.

¹³⁶ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Parte General*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, p. 317.

¹³⁷ Idem, p. 318.

¹³⁸ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal. Parte General*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, p. 82.

A intervenção penal no âmbito econômico somente se justifica diante de um mínimo de materialidade delitiva, restando vedada a aplicação de pena¹⁴⁰ apenas pelo estado subjetivo do infrator ou por uma mera intenção.

Ao se adotar tal conceito, tem-se uma excessiva redução do conteúdo do Direito Penal Econômico, bem como grande divergência com a concepção criminológica da delinquência econômica, a qual abrange sujeitos de condutas típicas distintas daquelas meramente inseridas naquele âmbito¹⁴¹.

Esta, entretanto, não é a única dificuldade conceitual. Por outra banda, o conceito mais largo enxerga nos crimes econômicos as ofensas que lesam ou põem em perigo bens jurídicos supraindividuais e de conteúdo econômico que, ainda que não digam diretamente com a ordenação jurídica da intervenção do Estado na economia, suplantam o plano meramente individual¹⁴².

A distinção entre os conceitos amplo e estrito representa a única forma de alcançar certa univocidade quanto à definição, pois não fazê-lo acaba por gerar definições imprecisas, equívocas e vagas do objeto.

Evita-se a malsinada vagueza, entretanto, ao partir do objeto econômico como objeto de proteção e seu conteúdo serve de norte para distinguir entre a concepção ampla e a estrita¹⁴³.

¹³⁹ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**. Parte General. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, p. 82. Tradução livre: Mas isto em nenhum caso deveria significar a perda de identidade do Direito penal e sua conversão em um *soft law*, fazendo-lhe cumprir funções mais próprias do Direito civil ou administrativo ou utilizando-o simplesmente como corretor das deficiências de funcionamento de outros ramos do Direito. O conceito de bem jurídico concebido originariamente como limite do poder punitivo do Estado se converte em uma legitimação da ampliação do Direito Penal à prevenção de riscos dificilmente identificáveis como jurídicos. Esta funcionalização do Direito penal encerra o perigo de que se lhe atribuam tarefas que na prática não pode cumprir, oferecendo enganosamente à opinião pública umas perspectivas de solução aos problemas que logo não se verificam na realidade.

¹⁴⁰ Segundo Heleno Cláudio Fragoso, “a falência do sistema punitivo leva hoje os especialistas a aconselharem a máxima restrição possível no emprego do instrumental punitivo do Estado. Tem-se demonstrado amplamente que a pena não corrige e, com bons fundamentos, tem-se posto em dúvida o seu efeito preventivo. A tutela jurídica que se realiza através da ameaça penal é, em realidade, ilusória, sendo muitos elevados os custos sociais da criminalização. Por esse motivo, tem-se advogado a necessidade de reduzir ao mínimo a incidência do direito penal, retirando-se do sistema, através de um processo de descriminalização, aquelas condutas anti-sociais que podem ser controladas através de remédios jurídicos não-penais”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Direito penal econômico e direito penal dos negócios”, in **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 33 (1982)

¹⁴¹ BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, pp. 153-154.

¹⁴² Idem, p. 57.

¹⁴³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. Madrid: Civitas, 1978, p. 04.

2 DELITOS ECONÔMICOS E SUA ROUPAGEM

2.1 Técnicas especiais de estruturação dos tipos da delinquência econômica

O Direito Penal Econômico, notadamente quanto à sua técnica legal, apresenta particularidades que o distingue da dogmática tradicional. Ademais, há efeitos relevantes desta natureza própria sobre questões internas à sua estrutura, especificamente no concernente ao conceito de dolo e à teoria do erro.

Afirmou Soler, quando solicitado a tratar sobre o direito penal econômico, que se encontrava em situação similar a de um espanhol incrédulo que, por primeira vez, avistava um rinoceronte e, após olhá-lo com receio e realizado um detido exame, afirmou com segurança que este animal não existia¹⁴⁴.

Não se pode concordar com Fejoo Sánchez quando assevera, de maneira simplista, que as normas penais que compõem o direito penal econômico apresentam funções idênticas às verificadas em outros ramos do direito. Por consequência, as categorias da teoria jurídica seriam aplicáveis de maneira perfeita a tais normas¹⁴⁵.

Aceitar o entendimento do referido autor é interpretar as normas do direito penal econômico desconhecendo as características específicas do(s) bem(ns) jurídico(s) protegido(s) e as repercussões destas diferenças na análise e compreensão dos institutos jurídicos da teoria geral do crime.

Assevera ainda o doutrinador que “no tiene sentido que una teoría general se aplique en unos ámbitos delictivos y se deje de tener en cuenta en otros y no hay ninguna razón para no extender los conceptos desarrollados en el ámbito de la parte general¹⁴⁶”.

A questão aqui posta não é a impossibilidade de aplicação de conceitos da teoria geral do delito ao direito penal econômico, mas a impossibilidade de aceitá-los sem maiores discussões doutrinárias e sem as necessárias adaptações.

¹⁴⁴ SOLER, Sebastián. El llamado derecho penal económico, in **Revista Mexicana de Derecho Penal**, n. 17 (1975), p. 34.

¹⁴⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 206.

¹⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 205. Tradução livre: não tem sentido que uma teoria geral se aplique em uns âmbitos delictivos e se deixe de ter incidência em outros e não há nenhuma razão para não estender os conceitos desenvolvidos no âmbito da parte geral”.

E conclui o citado autor que, por não ser o direito penal econômico um ramo da seara criminal voltado apenas à condução da economia, mas antes uma faceta do direito penal voltada a um específico setor da vida em sociedade – talvez atualmente mais relevante que o político – os critérios de legitimidade as categorias dogmáticas criadas no bojo da teoria do delito seriam perfeitamente aplicáveis aos crimes socioeconômicos¹⁴⁷.

Diga-se de logo que a questão da legitimidade não está – e nem poderia estar – afastada das discussões sobre o direito penal econômico e sua análise é indispensável ao estudo da matéria. Por outro lado, não se pode aceitar sem discussões a ideia que as categorias dogmáticas lhe seriam aplicáveis sem quaisquer questionamentos ulteriores, mormente quando se trata do erro de proibição.

Lecionam Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo:

[...] en efecto muchas de las tipificaciones de lege data, o de las que deberían crearse de lege ferenda, non son más que formas de peligro abstracto de bienes cuya lesión se castiga través de otras figuras delictivas. En este sentido, en el Derecho penal económico no se espera a que el acreedor o el consumidor resulte lesionado en su derecho de crédito o en su patrimonio para castigar la falsedad contable o de balances o la competencia lícita¹⁴⁸.

De fato, como inexistente sentido na criação de normas penais sem a existência de um bem jurídico subjacente, cumpre perquirir quais os valores¹⁴⁹ mais caros à sociedade tutelados pelo direito penal econômico, tendo em vista a perspectiva de que a norma penal não se justifica por si mesma, mas em razão das necessidades da coletividade destinatária.

E mais, assim como a norma não se justifica em si mesmo, ela não tem o condão de conferir legitimidade a bens que não sejam previamente reconhecidos como necessários e indispensáveis à vida em sociedade.

Para Miguel Reale, deve-se partir do pressuposto de que a ordem econômica apresenta-se como objeto de proteção do Direito Penal, a qual pode ser entendida como proteção ampla e restrita¹⁵⁰.

¹⁴⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, pp. 210-211.

¹⁴⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 59.

¹⁴⁹ Segundo Saldanha, “os valores, que são políticos e éticos, justificam as regras e portanto, as sanções nela prescritas”. SALDANHA, Néelson. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 169.

¹⁵⁰ REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste : Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional**. p. 8. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>. Acesso em 18/02/2015.

A partir de uma visão ampla, inexistente individualização à tutela da ordem econômica em sentido técnico ou mesmo de forma direta, tendo em vista que a objetividade da tutela econômica ampla é a ordem jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, podendo em face de um entendimento lato, inserir-se quaisquer desses elementos valorativos no âmbito da tutela econômica¹⁵¹.

A ordem econômica está regulada, na Constituição Federal, nos artigos 170 e seguintes, e está “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

A respeito do tema, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI 1.950¹⁵², Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006 e RE 205.193¹⁵³, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-2-1997, Primeira Turma, DJ de 6-6-1997.

Por outro lado, em uma acepção restrita, a ordem econômica deve oferecer tutela à regulação jurídica do intervencionismo do Estado na economia de um determinado país, estando inserido no bojo da proteção o interesse Estatal, passível de efetivação em particular, como se podem citar os clássicos exemplos das infrações monetárias, das transações ilícitas com o exterior, dos crimes de sonegação fiscal, a liberdade da empresa no marco da economia

¹⁵¹ REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste : Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional**. p. 8. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>. Acesso em 18/02/2015, p. 8.

¹⁵² "É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes." (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006.

¹⁵³ "A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade." (RE 205.193, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-2-1997, Primeira Turma, DJ de 6-6-1997.)

de mercado, a livre concorrência das empresas. Insere-se no bojo do referido conceito os ditos interesses transindividuais ou coletivos, exemplificados pelo meio ambiente¹⁵⁴ e consumo¹⁵⁵.

Desta feita, a função da tutela ofertada pelo direito penal no combate aos crimes econômicos está condicionado pelos princípios da igualdade frente a norma penal a lei penal, o que importa questionar se serão de fato obtidos os desideratos de liberdade e progresso social, fins primordiais da tutela econômica, através do recurso à tutela criminal.

Conclui Reale que:

¹⁵⁴ Constituição Federal

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas

¹⁵⁵ Constituição Federal

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

[...] a própria interferência da via penal no âmbito econômico já constitui sinal do fracasso da convivência harmônica entre os cidadãos, não nos parecendo ser o castigo e a perseguição por meio da via criminal, o meio mais adequado para tutelar os dirigentes da comunidade que atentarem contra o livre mercado, fortificando tal pensamento, especialmente, em face dos fatos de que a maioria das punições penais econômicas já estão resguardadas por outras vias como a seara administrativa e a privada, cabendo muito mais pregar por uma reestruturação da Ordem Administrativa do que pela enunciação desenfreada da legislação penal¹⁵⁶.

Trata-se do que a doutrina penal tem amplamente chamado de administrativização do Direito Penal, com as nefastas consequências de se lançar a tutela criminal como expediente de reforço a interesses secundários do Estado, descurando do caráter subsidiário e fragmentário do direito penal, em sua pura essência.

E mais, não se há falar, do ponto de vista ontológico, de distinção entre os bens jurídicos tutelados pelo direito administrativo econômico e pelo direito penal econômico, na medida em que conferem ou tentam conferir proteção ao normal funcionamento do mercado e à ordem econômica¹⁵⁷.

Reforça-se o que foi dito em outras passagens deste trabalho no sentido de que a criação de crimes econômicos é informada pelo critério da utilidade/necessidade, para fins de reforço à proibição de condutas indesejadas, já proibidas em outros ramos do ordenamento, mas que razões de ordem utilitarista apontam para a necessidade de proibição penal.

Por outro lado, cumpre asseverar que dois dos mais hábeis instrumentos de suporte ao desenvolvimento econômico são, sem ordem de precedência: a informação e a organização administrativa¹⁵⁸.

Resulta claro que a enunciação dos referidos instrumentos não é exaustiva. Outros existem que também conferem suporte, como estabilidade das relações de consumo, propício ambiente de negócios etc.

Ocorre que a informação evita o desmantelamento do mercado e suas repercussões na ordem econômica. Parece intuitivo que quanto mais informações sobre os crimes econômicos

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁵⁶ REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional.** Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>. Acesso em 18/02/2015, p. 8.

¹⁵⁷ Idem, p. 9.

¹⁵⁸ REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional.** p. 9. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>. Acesso em 18/02/2015.

forem disponibilizadas à sociedade em geral, resultam mais eficazes as condutas de prevenção à ocorrência do delito, frente ao desestímulo disseminado à prática criminosa¹⁵⁹.

O recurso à informação não é só meio de prevenção do ilícito no âmbito do direito penal econômico, mas também instrumento de tutela dos interesses dos cidadãos, a exemplo da importância que lhe é conferida na regulamentação dos direitos consumeristas.

Em paralelo e no mesmo sentido, trabalham as estruturas organizadas da economia, pois a maior presença de agentes estatais destinados à fiscalização econômica implica, pelo menos a priori, em maior respeito às normas de regulação¹⁶⁰ vigentes, sendo menos relevante se a sanção a ser aplicada é de natureza meramente patrimonial ou restritiva¹⁶¹.

A experiência demonstra que as hipóteses em que o Estado se omite do cumprimento de seus misteres, seja de forma voluntária ou involuntária, fomentam a prática das condutas indesejadas pela coletividade face a sensação de leniência e impunidade. De fato, não parece crível que a natureza da norma proibitiva – penal ou administrativa – importe em distinção de grau e intensidade para fins de desestímulo da conduta indesejada.

Segundo Miguel Reale:

[...] os processos de despenalização ocorridos na Itália e na França bem demonstram como a escolha da via penal ou da via administrativa nada tem a ver com a importância do bem jurídico, tratando-se antes de uma escolha com base na conveniência política deste ou daquele caminho, com vista a alcançar os fins preventivos e retributivos de um direito punitivo que cada vez mais se faz único¹⁶².

E mais, também o tipo de sanção imposta – embora não seja este o objeto de estudo do presente trabalho -, notadamente pela proliferação dos institutos despenalizadores do âmbito penal, é de muito pouca ou nenhuma relevância para a tutela do bem jurídico ordem econômica.

Desta feita, conclui-se que a diferença entre a intervenção penal ou administrativa na tutela da ordem econômica situa-se quase que exclusivamente na natureza política da sanção cominada em cada um dos setores. É meramente formal, portanto, a distinção entre os setores

¹⁵⁹ REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional**. p. 9. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>. Acesso em 18/02/2015. p. 9.

¹⁶⁰ A noção de delito econômico não se aferra à conotação econômica do ato, mas à sua tendência em lesionar ou expor a perigo a estrutura econômica do país em geral.

¹⁶¹ REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste : Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional**. p. 9. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>. Acesso em 18/02/2015..

¹⁶² REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999, p. 122.

de atuação, notadamente em razão da estrutura de poder encarregada da aplicação da sanção¹⁶³.

Parece muito mais razoável admitir que a tutela da ordem econômica se efetiva, no plano fático, de maneira muito mais intensa e eficaz a partir da construção de estruturas sólidas de regulamentação e fiscalização do mercado, acrescida da presença eficiente do Estado através de agentes fiscalizadores e aplicadores do direito e, ainda, por meio da profusão de informações sobre a prática delitiva e suas consequências.

Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo lecionam que o ilícito de natureza administrativa é a infração cuja sanção é aplicada por órgãos administrativos ou disciplinar. Por outro lado, tem-se um ilícito penal se à prática infracional se aplicam sanções previstas na codificação penal, por meio de Tribunais de Justiça, em virtude do exercício do *ius puniendi*. A pretensão da doutrina de encontrar uma distinção substancial entre o ilícito penal y o administrativo, ou seja, entre o crime e a mera infração administrativa, resultou absolutamente não exitosa¹⁶⁴.

Ora, por certo, não há que se falar em diferença substancial entre os ilícitos administrativo e penal se não há diferença de conteúdo com referência às imputações. A natureza da sanção aplicável e o órgão responsável pela aplicação – acrescidos de procedimentos distintos a serem observados – são traços distintivos meramente coadjuvantes.

Para Feijoo Sánchez, a doutrina dominante entende o Direito Penal econômico como Direito Penal, isto é, as normas que compõem este ramo do ordenamento jurídico-penal possuem as mesmas características do restante das normas penais e as penas assumem idênticas funções¹⁶⁵.

O direito penal foi engendrado para a proteção de instituições básicas do Estado e dos interesses mais básicos dos cidadãos, estabelecendo certas normas para tornar possível a convivência social. Poderia ser possível que uma sociedade que não estabelecesse proibições de matar e lesionar se mostrasse mais avançada, por uma série de circunstâncias, mas isto seria bastante improvável. O denominado direito penal nuclear está relacionado com as próprias razões pelas quais surgem os Estados modernos, inclusive antes de que tais Estados adquiram uma legitimidade democrática mínima¹⁶⁶.

¹⁶³ REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste : Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional**. p. 10. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf> . Acesso em 18/02/2015.

¹⁶⁴ Idem, p. 10

¹⁶⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones acutales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 206.

¹⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones acutales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 206.

Ocorre que atualmente vive-se em sociedades que não apenas se dedicam a garantir um mínimo¹⁶⁷ essencial à convivência, mas se mostram bem mais complexas e apresentam elevado nível de juridicidade dos problemas sociais, de modo a se modificarem a estratégias de proteção jurídico penal, inclusive com incremento dos chamados crimes de perigo e o próprio sistema jurídico vai gerando novos bens jurídicos que não mais se resumem aos interesses mais básicos da comunidade¹⁶⁸.

Neste cenário desponta o direito penal econômico, como resposta a demandas sociais de proteção de novos bens jurídicos e também de novas espécies de lesões ou ameaça de lesões a bens jurídicos já tutelados.

Desta forma, conclui Fejoo Sánchez, no que respeita a um claro exemplo de como “la evolución del sistema jurídico da lugar a nuevas normas penales que tienen que ver con un reconocimiento jurídico previo de nuevos intereses sociales se encuentra en el ámbito del Derecho Penal económico¹⁶⁹”.

Assim, o direito penal nasce ligado à ideia de proteção de bens jurídicos vinculados ao Estado, especialmente no que tange à proteção da chamada ordem econômica.

Para Hassemer e Muñoz Conde:

“[...] a Constituição, assim, é um ponto de referência obrigatório para a seleção dos bens jurídicos, ainda que não ofereça as garantias de segurança necessárias para erigir-se no instrumento exclusivo para a seleção e hierarquização dos valores que o direito penal está chamado a proteger; seu caráter orientativo, a respeito de ambas as questões, todavia, parece estar fora de questão: assim, da Constituição se deriva a proteção penal dos direitos individuais clássicos, o que não pode esgotar a missão do direito penal, pois se se limitasse a protegê-los, estaria exercendo apenas uma função conservadora das orientações de valor já definidas e sentidas pelo grupo social”¹⁷⁰.

Entretanto, em sua marcha de desenvolvimento como ramo do direito penal, logra o direito penal desvincular-se ainda que parcialmente de sua feição originária e alcança outras condutas tidas por relevantes a bens jurídicos essenciais, ainda que praticadas por agentes que, em princípio, estariam alijados da órbita da sujeição ativa daquelas infrações.

¹⁶⁷ O direito penal mínimo representa, em síntese, nos termos dos ensinamentos de Hefendehl, uma espécie de direito penal reduzido de feição reacionária. HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. Tradução de Luis Greco. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 87, 2010, p. 104.

¹⁶⁸ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009, p. 206.

¹⁶⁹ Idem, p. 207. Tradução livre: “a evolução do sistema jurídico dá lugar a novas normas penais relacionadas a um reconhecimento jurídico prévio de novos interesses sociais se encontra no âmbito do Direito Penal econômico”.

¹⁷⁰ HASSEMER, Wilfried; MUÑOZ CONDE, F. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1989, p. 69.

2.2 Da distinção entre *Delicta in Se* e *Delicta Mere Prohibita*

De início, cumpre esclarecer que a opção pelas expressões latinas em destaque deve-se à influência dos ensinamentos de Augusto Silva Dias¹⁷¹.

Não se olvide, entretanto, que outras expressões podem ser utilizadas na presente tese como sinônimas, como já o foram na literatura, sem prejuízo à compreensão do texto¹⁷².

Ocorre que a expressa adoção das expressões acima referidas significa uma opção metodológica que visa a melhor compreensão dos institutos e simboliza a preferência por termos historicamente consagrados.

Em seguida, deve-se pontuar que a distinção pretendida, a par de possível, não está imune a críticas e, principalmente, não é exata ou matemática, sob a forma de tudo ou nada. Em realidade, diferenciações de naipe aritmético são a exceção, e não a regra, em se tratando de direito penal¹⁷³.

Ocorre que as dificuldades que se impõem não podem servir de óbice ao desenvolvimento da tarefa pretendida, mas antes servem de estímulo ao trabalho do cientista e aplicador do direito.

De logo, afirme-se que a falta de coincidência entre as realidades do direito penal nuclear/secundário e *mala in se* e *mere prohibita*. Tal se atribui à circunstância de a primeira distinção ser tomada fundamentalmente sentido formal, relacionada com a localização topográfica dos tipos penais no Código Penal ou em legislação penal extravagante, enquanto segunda distinção, qual seja, *delicta in se* e *delicta mere prohibita* está baseada em critérios materiais respeitantes à determinação do que deve ou não ser considerando crime numa dada sociedade¹⁷⁴.

¹⁷¹ DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 11.

¹⁷² *Mala in se e mala quia prohibita; delicta juris gentium e delicta juris civili.*

¹⁷³ Apenas a título de exemplificação: dolo eventual e culpa consciente, autoria e participação, atos preparatórios e atos executórios, etc.

¹⁷⁴ DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008., p. 14. Vale acrescentar que o autor se utiliza das expressões alemãs <<Kernstrafrecht>> e <<Nebenstrafrecht>> para designar, respectivamente, o direito penal primário e o direito penal secundário e adverte que se os fundamentos daquela distinção “de alguma maneira se cruzem com aquele que preside à distinção entre <<delicta in se>> e <<delicta mere prohibita>>, a correspondência entre os dois grupos aumentará seguramente”.

Admitir a localização topográfica como critério norteador importaria em aceitar que, revogadas as normas especiais e o código, fossem os tipos penais¹⁷⁵ novamente reunidos em um único corpo de normas, imediatamente todas as normas anteriormente consideradas como integrantes do direito penal secundário passariam, “como num passe de mágica”, a fazer parte do direito penal nuclear.

No âmbito do atualmente chamado Direito Penal moderno coexistem grupos de incriminações sistematicamente dispersos – situados alguns no corpo do Código Penal e outros na profusa legislação extravagante. Afora isso, mostram-se finalisticamente heterogêneos: ao passo que uns parecem externar novos atentados contra bens jurídicos individuais tradicionais, outros protegem novos e diferentes objetos jurídicos. Ademais, tutelam regimes jurídicos muito diversos, a exemplo da admissão da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas em alguns deles e a sua negação em outros, o que torna mais árdua a enunciação de princípios comuns e a possibilidade de uma racionalização dogmática uniforme¹⁷⁶.

E parece natural que assim o seja, sob pena de o direito penal não acompanhar as modificações sociais que lhe são subjacentes. Admitir um sistema penal distanciado da realidade que pretende regular é abrir as portas para um hiato penal de proporções gigantescas, o que representa retirar a legitimidade do direito penal enquanto mecanismo de regulação da vida em sociedade utilizado apenas em situações de maiores danos ou relevantes perigos a bens jurídicos mais importantes.

Em delitos em si e em delitos de mera proibição o fundamento da incriminação penal, com parece intuitivo, reside em bases diversas. Basta ver os exemplos dos crimes de poluição,

¹⁷⁵ Em uma fase inicial do desenvolvimento do conceito de tipo penal, Ernst von Beling reduzia o Direito Penal a um rol de tipos delitivos, de modo que a tipicidade seria a adequação a este catálogo. Assim, os delitos-tipos possuíam natureza apenas descritiva, sem qualquer expressão de valoração jurídica do antijurídico no tipo. BELING, Ernest von. **Esquema de Derecho Penal – La Doctrina del Delito-Tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 37.

¹⁷⁶ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 14-15. Prossegue o autor: “Se confrontarmos, por exemplo, a poluição prevista no art. 279, CP, a corrupção da genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios prevista no art. 24, n. I, do DL 28/84, de 20 de janeiro, e a exportação ilícita de bens prevista no art. 33 deste diploma, salta ao entendimento, numa perspectiva social-hermenêutica (necessariamente prévia aos conteúdos jurídico-positivos), que todas são condutas praticadas no exercício de actividades económicas de produção, circulação e consumo de mercadorias. O seu autor é o conhecido (*homo oeconomicus*” cuja actuação é ditada pelas regras e imperativos do sistema económico de mercado em que se move. Essas regras e imperativos formam uma dinâmica sistemática, uma espécie de <<mão invisível>>, que funciona segundo uma racionalidade infinitista e globalizante, a qual, de acordo com alguns diagnósticos filosóficos e sociológicos do nosso tempo, é responsável pela crise das sociedades actuais e pelo prognóstico sombrio acerca do futuro da humanidade”.

falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e contrabando, previstos, no sistema penal brasileiro, respectivamente, no artigo 54, da lei 9.605/98 e nos artigos 273 e 334-A do Código Penal¹⁷⁷.

Ao passo que as duas primeiras espécies delituosas lesam ou põem em perigo valores ou bens correspondentes a necessidades básicas de um conjunto mais ou menos indeterminado de pessoas, a última perturba o interesse no funcionamento regular da economia, pois prejudica o controle administrativo sobre a exportação/importação de determinadas

¹⁷⁷ Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; ((Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

V - de procedência ignorada; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Modalidade culposa

§ 2º - Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

mercadorias¹⁷⁸. Ora, o objeto referido pelas primeiras tem um nítido caráter interpessoal, é eticamente tematizável e sentido como necessidade humana digna de proteção imediata e efetiva.

Por outro lado, o objeto de referência do contrabando tem um valor funcional ou de ordenação das exportações/importação de certos bens, erguido, do ponto de vista jurídico, na necessidade de corrigir disfuncionalidades num determinado subsistema econômico, de modo a ser instrumento desprovido de conteúdo prático-ético. Por consequência, as referências sociais e os significados das duas espécies são absolutamente distintos. Tais diferenças, por óbvio, marcam a estrutura e as referências axiológicas de cada ilícito penal. Ao passo que na primeira série delitiva a conduta lesiva e as estruturas normativas ameaçadas correspondem a diferentes âmbitos, na última espécie, o objeto jurídico-penalmente tutelado e a conduta ilícita pertencem ao mesmo âmbito sistêmico, alimentam-se do mesmo sentido específico, opondo-se como função e disfunção. A ausência de conteúdo ético deve-se à circunstância de as regras buscarem não exatamente a orientação do agir, mas o impedimento das consequências funcionalmente prejudiciais da conduta¹⁷⁹.

Não se está aqui a afirmar que, no âmbito do direito penal de justiça, haja uma unanimidade com relação aos bens eleitos que demandam proteção. Apenas, neste âmbito, existe relativo consenso sobre a relevância do valor protegido e o entendimento sedimentado em uma coletividade indeterminada de que há necessidade de proteção. Por outro lado, no que tange aos crimes do direito penal secundário, neles incluído o contrabando, inexistente o

§ 1º Incorre na mesma pena quem: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

¹⁷⁸ Manoel Pedro Pimentel conceitua o crime econômico como as “condutas típicas sancionadas penalmente pelas leis editadas com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado”. PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 25.

¹⁷⁹ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 17-18.

compartilhamento do mesmo significado de pertença e necessidade de tutela. Ao revés, trata-se de norma penal voltada à regulação de um específico subsistema do Estado, cuja função se restringe a coibir a prática de condutas que alterem o equilíbrio e o funcionamento do referido subsistema, independente de qualquer conteúdo ético a priori.

A norma legal anteposta ao tipo¹⁸⁰ do contrabando é muito mais uma norma de organização do que uma norma de conduta, na medida em que o sujeito ativo do agir típico não é a pessoa ética, mas o indivíduo que desempenha um certo papel no subsistema econômico¹⁸¹.

Mais do que preservar bens jurídicos caros a uma coletividade indeterminada de indivíduos, a norma acima referida volta-se a uma ordenação específica de um setor da atividade econômica, em reforço a prescrições meramente administrativas e desprovidas de um substrato ético fundante. Não por acaso, desempenha uma função de regulação, ordenação ou organização, não sendo possível encontrar a seu respeito um sentimento comum acerca de sua imprescindibilidade.

A distinção entre as duas espécies delitivas baseia-se em um fundamento social e não metafísico ou naturalístico e pressupõe uma hipótese mista, que contemple, quanto à constituição e à compreensão das figuras típicas, uma referência prático-ético e uma funcional, calcadas na realidade social¹⁸².

Entretanto, se é certo que é possível distinguir, ao lado de uma zona cinza de incerteza, hipóteses claras de uma e outra modalidade de injusto, tal dificuldade não deve ser obstáculo ao enfrentamento do tema, sob pena do operador do direito se ver manietado no exercício de seu mister. E mais, a análise destas situações de aparente dúvida não busca apenas alimentar a retórica da doutrina, mas tem uma razão fundamental, qual seja, de melhor interpretar os institutos dogmáticos a elas relacionados. Mais que uma análise de mera roupagem, tem-se

¹⁸⁰ “O o tipo de injusto ultrapassa o âmbito da matéria da proibição ou do mandato. O direito pode vedar unicamente a realização de ações dirigidas pela vontade do sujeito à produção da lesão de um bem jurídico e/ou que tragam consigo o perigo de dita lesão, mas não pode proibir a causação de um determinado resultado. O resultado real, isto é, a produção efetiva do resultado, não pode pertencer, por isso, à matéria da proibição ou do mandato. Ao tipo pertencem, a meu sentir, todas aquelas circunstâncias ou elementos que fundamentam o injusto específico de uma determinada figura delitiva”. Cerezo Mir, José. **Curso de derecho penal español**. Parte general, II, Teoría jurídica del delito. 6. ed., Madrid: Tecnos, 1998, p. 94.

¹⁸¹ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 17-18.

¹⁸² DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 19.

uma tarefa de indiscutível validade e necessidade, frente às exigências da correta aplicação da norma penal.

Ao revés, as dificuldades transmudam-se em molas propulsoras da investigação¹⁸³. Ademais, o que se pretende realizar, reafirme-se, representa a determinação e comprovação de validade de critérios técnicos para utilização da clássica distinção entre *in se* e *mere prohibita*¹⁸⁴ como recurso à compreensão de problemas do Direito Penal Moderno, especialmente quanto à expansão, funcionalização e administrativização em matéria penal¹⁸⁵.

Mais uma vez, deve-se aqui ponderar que a tarefa de encontrar critérios técnicos não se converte em uma tarefa fácil ou livre de críticas. Embora seja possível lograr tal desiderato, necessário advertir que não existem em direito, especialmente em direito penal, critérios definidores que tragam certezas matemáticas.

Admitida a distinção *in se* e *mere prohibita*, impõe-se analisar e comparar ambos os contextos delitivos mencionados com as referências do Direito Penal, isto é, as estruturas de validade de sua intervenção, de matiz notadamente iluminista, que, ainda nos termos atuais, permanecem válidas, ainda adaptadas aos reclamos da sociedade atual. As incriminações referentes ao tipo de contrabando (art. 334-A, do Código Penal brasileiro não são justificadas nem mesmo podem ser reconhecidas à luz daquele paradigma. Ao revés, são fruto da crescente funcionalização e administrativização do Direito Penal, catalisadores da descaracterização e da perda de sentido do Direito Penal atual¹⁸⁶.

As estruturas de um direito penal de justiça e os tipos penais a ele referidos possuem uma natureza substancialmente distinta daqueles tipos que buscam reforço às proibições administrativas. De fato, toda a teoria penal foi concebida e desenvolvida tendo por supedâneo

¹⁸³ De fato, “não porque isso se deva a um qualquer defeito do tema, ou do método que seguimos para o seu tratamento, mas porque se trata de um <<risco>> normal de quem lida com questões de ciência prática, argumentativa, cuja resolução não se presta a disjunções excludentes de gênero”. DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 46.

¹⁸⁴ Segundo Dias, “com aquela distinção sempre se pretendeu expressar uma concepção dualista do ilícito punível, a qual, numa abordagem muito elementar, diferencia entre as condutas cuja qualidade criminosa é independente de sua positivação ou tipificação legal, pois atentam contra valores fundamentais da comunidade e, por isso, são alvo de elevada censurabilidade social e de reacção pública hostil e condutas destituídas desse quadro de referência e cuja danosidade social só assume relevância penal por via de um acto de qualificação do legislador”, in DIAS, Augusto Silva. DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 12.

¹⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 121 e ss.

¹⁸⁶ DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 19.

as incriminações mais visíveis e sentidas na comunidade, razão pela qual merece esta teoria uma releitura adaptativa quando aplicada a incriminações que traduzem o movimento de funcionalização do direito penal.

Nos dias atuais, muitos são os sistemas jurídicos estatais em que se avolumam condutas formalmente definidas como crimes, mas estruturalmente semelhantes a contra-ordenações¹⁸⁷, pois desprovidas de um conteúdo ético, mas moldadas segundo uma técnica de cumprimento de deveres, especialmente encontradas no direito penal extravagante ou secundário¹⁸⁸.

“O sentido desvalioso de tais condutas esgota-se na violação de comandos ou proibições, normalmente associados a determinados regimes jurídico-públicos, que prosseguem a ordenação e o funcionamento de determinados sectores da actividade económica. Esse sentido é estranho a um entendimento de legitimidade de intervenção penal, cujo acerto tentaremos comprovar, baseada essencialmente na protecção de necessidades humanas fundamentais individuais ou colectivas. Trata-se, pois de incriminações ilegítimas. Elas merecerão da nossa parte a denominação de <<delicta mere prohibita>>, por razões que se prendem à artificialidade e formalidade dos fundamentos e dos termos da sua punibilidade”¹⁸⁹.

Embora as contra-ordenações sejam estruturas não verificadas no ordenamento pátrio, ainda que abundantes no ordenamento lusitano, as conclusões aqui encontradas também se aplicam à realidade brasileira.

Ora, a simples positivação de uma conduta como criminosa não tem, por si só, o condão de lhe conferir eticidade, pois o conteúdo ético não surge do mero atuar formal do legislador. Ao revés, a conduta tipificada recebe as marcas social-valorativas, a racionalidade social, que ela transporta consigo. As normas jurídicas guardam vínculo estreito a normatividade social, isto é, com as regras, valores e princípios que orientam o agir nos diversos setores sociais, que, porque daquela recebem eficácia e legitimidade, a ela concedem, por outro lado, vigor e penetração, mas são inábeis a lhes modificar a natureza. Assim, ao desvalor prático-ético de uma conduta corresponde um sentido e uma estrutura de ilícito-

¹⁸⁷ No direito português, o sistema sancionatório, a exemplo de outros sistemas europeus continentais, sustenta-se em três pilares de infrações de direito público: a criminalidade tradicional (Direito Penal nuclear ou de justiça), a criminalidade específica (Direito Penal secundário, onde está inserido o direito penal económico) e as infrações não penais como as contra-ordenações (direito de mera ordenação social).

¹⁸⁸ DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 20-21.

¹⁸⁹ DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 22.

típico e de culpa diferentes daqueles atinentes a uma conduta meramente disfuncional do ponto de vista sistêmico¹⁹⁰.

Em outras palavras: a atividade legiferante de previsão de tipos penais não tem o condão de, por si só, conferir conteúdo ético a condutas dele desprovidas, pois a forma não determina a substância das incriminações. Por outro lado, não se desconhece que podem existir e de fato existem tipos penais mais recentes que, malgrado previstos em normas especiais, encerram verdadeiro desvalor ético.

Não há olivar, entretanto, que, mesmo no bojo da descrita “crise”, surgem e persistem incriminações cujos contornos em nada devem aos clássicos crimes de homicídio e lesões corporais, na medida em que comungam – os antigos e os recentes – do desiderato de tutela de bens jurídicos das pessoas, numa perspectiva antropocêntrica, o que reflete no plano da validade jurídico-penal e na perspectiva jurídico-dogmática¹⁹¹.

É indispensável, neste momento, perquirir em que consiste o fundamento de validade jurídico-penal, ou melhor, que qualidade determinante inspira o conceito material de crime, os *delicta in se*. Para tanto, deve-se buscar a resposta no racionalismo iluminista, o qual, em seu desenvolvimento, atribuiu dupla fundamentação ao ilícito penal propriamente dito.

Por uma vertente, Carmignani entende os delitos como as ações que contrariam os princípios de ética universal e os princípios do Direito Natural, desde que haja a produção de um dano social¹⁹². Por outra, Carrara conceitua o crime como uma ação punida “em razão da sua imoralidade intrínseca ou de um dano efetivo¹⁹³” e Basílio Souza Pinto, em sentido análogo, para o qual somente é considerado criminoso o fato que “for intrinsecamente imoral e que pela sua transcendência na sociedade seja necessário punir: e, por conseguinte, a pena só pode ser imposta quando se derem estas duas condições¹⁹⁴”.

De logo se afirme que apesar de dissentirem em pontos secundários, as conceituações acima possuem uma linha fundamental, que será empregada neste trabalho como eixo

¹⁹⁰ DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 21.

¹⁹¹ Idem, p. 14.

¹⁹² CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi di Diritto Criminale* (tradução italiana da 5. ed.). Milão: Editora Sanvito, 1863, *passim*.

¹⁹³ CARRARA, Francesco. *Programma del corso di Diritto Criminale*, vol. II, 9. ed. Firenze: Editora Cammelli, 1923, p. 615.

¹⁹⁴ SOUZA PINTO, Basílio Alberto de. *Lições de Direito Criminal, redigidas segundo as preleções orais do ilustríssimo Basílio Alberto de Souza Pinto e adaptadas às Instituições de Direito Criminal Português do senhor Paschoal José de Mello Freire*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845, p. 61.

fundamental na delimitação da validade jurídico-penal, afastando-se do logo, entretanto, o recurso à imoralidade intrínseca das condutas como baliza para o alcance daquele desiderato.

Como bem sintetiza Augusto Silva Dias, atribui-se validade jurídico-penal àquelas condutas que causam dano a certas estruturas normativas que regulam a interação social (normas, direitos e bens jurídicos), assim como importam em ofensa, como a negação do reconhecimento recíproco, a frustração de expectativas, etc¹⁹⁵.

A questão fulcral na identificação destas incriminações de conteúdo ético compartilhado comunitariamente reside na necessária referência à pessoa humana como objetivo de proteção e fundamento de sua validade. Quando, ao revés, a norma proibitiva nega ou afasta-se do referencial mencionado, pode ser entendida como formalmente penal, mas traz em si o reflexo da funcionalização do direito penal, qual seja, presta-se a mero reforço de proibições administrativas.

Segundo Américo Alexandrino Taipa de Carvalho, a atuação penal que situa no centro o indivíduo e limita a intervenção estatal numa ordem de direitos individuais está calcada no ideal de reconhecimento pelo ente estatal das liberdades individuais, outorgando legitimidade apenas à intervenção criminal que se mostre realmente necessária¹⁹⁶.

Com estas considerações reforça-se o rechaço à pretensão meramente topográfica de distinção entre *in se* e *mere prohibita*, a qual não tem - e nem pode ter, repita-se - quaisquer pretensões de coincidência entre o direito penal nuclear e o secundário, mas assenta-se em sólidas bases materiais na interlocução do que deve e do que não deve ser considerado crime na sociedade em um determinado momento histórico¹⁹⁷.

A referência à contingência do conteúdo ético é mais do que necessária. De fato, embora existam valores que se pretendem permanentes ou, ao menos, duradouros, defesa da vida, da integridade física, etc., as distinções espaciais e temporais apresentam fundamental importância na definição do conteúdo ético da incriminação. Determinadas condutas tidas por intoleráveis e criminalizadas em certos Estados em dados momentos históricos

¹⁹⁵ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 214

¹⁹⁶ CARVALHO, Américo Alexandrino Taipa de. **Constitucionalidade sócio-cultural do direito penal: análise histórica. Sentido e limites**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1985, p. 48-49.

¹⁹⁷ Para Hassemer, a repressão penal deve se dirigir a comportamentos intoleráveis para uma determinada sociedade. Assim, a repressão criminal pressupõe exercícios valorativos sociais referidos à lesão ou posta em perigo de certos objetos. Tais valorações estão calcadas em três vertentes: a frequência dos comportamentos, imperiosidade de preservação do objeto tutelado e a amplitude da ameaça contra o objeto. As nuances de cada um desses fatores depende dos diferentes contextos sociais e momentos históricos. HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 36 e ss.

(homossexualismo, adultério, por exemplo), despem-se destes contornos em outros locais e momentos.

Ocorre que, em se tratando do ilícito penal nos dias atuais, mormente sua estrutura realça fragmentações que impedem seu entendimento a partir de única teoria de validade jurídico-penal, mas demanda diferenciações projetadas pelo objeto jurídico de referência ou por próprias características quanto à punibilidade¹⁹⁸.

Isto porque, conforme já dito, o nascedouro e o desenvolvimento da teoria penal se operou com referência às incriminações do direito penal de justiça. E é natural que assim tenha ocorrido, na medida em que o movimento de aparecimento e incremento das tipificações do direito penal econômico¹⁹⁹ é algo relativamente recente na história do direito penal.

Ora, diante da distinção explanada, diferentes são também as consequências que as estruturas normativas esboçadas têm no plano da configuração dogmática. Se ambos os grupos delitivos gozam de validade jurídico-penal, esta ideia há de se refletir no campo da dogmática. É que esta, na qualidade de sistema prático relacionado à imputação ou atribuição da responsabilidade penal, traduz em linguagem própria e específica nas bases da referida validade a, ainda, bebe da influência dos conteúdos de significação social das condutas tipificadas. Não há que se falar em autopoiese da ciência jurídica jurídico-penal, mas em abertura de forma plural aos âmbitos de sentido social de onde emergem os comportamentos jurídico-penalmente relevantes. Assim, necessário se faz concluir a existência de diferenças em sede pré-positiva cujos efeitos se projetam sobre as categorias dogmáticas, levando à sua ressignificação²⁰⁰.

Ora, é mais que natural que tais diferenças a priori, anteriores à própria tipificação, importem em repercussões relevantes na leitura dos institutos jurídicos da teoria geral do direito penal, notadamente no que atine ao dolo, à culpabilidade e ao erro de proibição.

¹⁹⁸ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 15.

¹⁹⁹ Segundo Costa Andrade, no que tange aos bens jurídicos no Direito Penal Econômico, "são eles, em grande maioria um produto histórico do intervencionismo do Estado moderno na vida econômica". ANDRADE, Manuel da Costa. "A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei n. 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de 'bem jurídico'", in **Direito penal econômico**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985, p. 93.

²⁰⁰ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 22-23.

Esta diferença fundamental reverbera na configuração do ilícito-típico das duas categorias delitivas, revelando disparidades assinaláveis no plano do desvalor da ação e no do desvalor do resultado, e, por consequência, na interpretação dos tipos legais correspondentes. Nas normas de mera proibição, os bens jurídicos tutelados não apresentam inserção e reconhecimento sociais comparáveis aos clássicos *delicta in se*²⁰¹.

Ou seja, nos tipos que encerram normas de proibição, em detrimento de verdadeiras normas de conduta, não há, por parte dos integrantes da comunidade social, um consenso de reconhecimento dos bens jurídicos²⁰² protegidos na mesma intensidade do sentimento compartilhado quando se trata das incriminações primárias. E com isso não se quer dizer que as normas de proibição não possuem utilidade, mas que são úteis no sentido de regular determinado setor da atividade estatal.

Na criação de crimes *in se*, o legislador colhe da comunidade social valores interiorizados através do processo de socialização e os transforma em bens jurídico-penais. Assim, tipo penal, norma e bem jurídico, todos devidamente relacionados entre si, ingressam no processo de formação da consciência e fortalecimento da coesão da sociedade²⁰³.

Neste processo de internalização do significado da conduta proibida, o cidadão atua como difusor do sentido captado e, simultaneamente, sofre os influxos de terceiros e da própria sociedade.

A clássica diferenciação entre “*delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*” vem sendo recorrentemente usada com várias finalidades, desde a análise jusfilosófica sobre se, de fato, existem condutas intrinsecamente más ou delitos contra o Direito Natural até o tema da teoria da lei penal a respeito da exigência de determinação e clareza da lei, ou seja, se seria possível uma orientação a priori da conduta dos destinatários, de modo a poderem ser entendidas sem necessidade de exegese, ou se o fundamento resta colhido em momento posterior, na garantia de um processo justo²⁰⁴.

²⁰¹ DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 22-23.

²⁰² GOLDSCHIMIDT entende não haver verdadeiros bens jurídicos nos crimes econômicos, mas simples bens materiais e sem sujeitos, destinados a servir de campo de proteção antecipada dos interesses primários, verdadeiros bens jurídicos a serem definidos pelo Direito Penal. Citado por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS em artigo escrito na obra Ciclo de estudos do Direito Penal Econômico, Coimbra, 1985.

²⁰³ DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 586.

²⁰⁴ Idem, p. 25.

De logo, diga-se que a questão jusfilosófica da possibilidade de identificação entre condutas boas ou más, ou, ainda, valiosas ou desvaliosas, não é objeto do presente estudo. Entretanto, esta afirmação não representa qualquer juízo sobre a importância do tema, mas é consequência do corte epistemológico realizado no presente trabalho.

Ainda, a despeito da importância da distinção clássica entre crimes em si e crimes de mera proibição, a desnecessidade de interpretação da norma penal é conclusão desautorizada, ainda na hipótese de “*delicta in se*”.

No âmbito do direito penal, a função da interpretação é ainda mais relevante em razão da incidência do princípio da legalidade. Diante da gravidade das consequências do Direito penal, tem-se que as exigências da legalidade são especialmente estritas para o legislador, que deve ao máximo atender o princípio da taxatividade e evitar a vagueza, abertura e excessiva indeterminação dos conceitos²⁰⁵.

Cabe ao legislador estabelecer as hipóteses em que as condutas indesejadas serão penalmente sancionadas e o faz através da criação de tipos penais. Ocorre que de nada adiante conferir ao legislador dita incumbência se, ao enunciar as normas penais, aquele se vale de expressões vagas e ambíguas e transfere, de maneira indevida e inconstitucional, a definição da conduta proibida ao julgador. No bojo da repartição dos poderes e no contexto de autocontrole daqueles, ao juiz toca a tarefa de aplicar a lei ao caso concreto, colhendo a norma geral e abstrata e realizando uma atividade de subsunção.

De fato, a exigência da legalidade em direito penal é inicialmente dirigida à atividade do legislador na criação dos tipos incriminadores, os quais devem ser redigidos de forma clara e fechada, uma vez dirigidos aos cidadãos, os quais devem saber com segurança o teor das incriminações e não serem surpreendidos em sua atuação.

Por outro lado, a legalidade lança especiais exigências também ao intérprete da lei penal. Em primeiro lugar, vinculada às garantias derivadas daquele princípio, está a proibição

²⁰⁵ DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 121.

da analogia²⁰⁶. Apesar de vetado este recurso à integração, não pode olvidar o intérprete que, de acordo com o conteúdo que se atribua aos preceitos penais, decide-se ou pode-se decidir a punição ou impunidade de uma determinada conduta. Por esta razão, tem-se que os métodos de interpretação manejados pelos demais ramos do direito devem ser utilizados com redobrado cuidado no que atine às leis penais²⁰⁷.

E mais, a exegese em matéria penal deve ser sempre realizada tendo por norte a dignidade da pessoa humana e a defesa do indivíduo contra os eventuais excessos do Estado.

Existe uma distinção, ainda que tênue, na generalidade dos conceitos utilizados, os quais suscitam uma maior atuação exegética do julgador penal, e indevida generalidade ou abertura de conceitos que transforma o tipo penal em uma espécie de delegação, conferindo-se ao juiz o papel do legislador de definição do comportamento proibido²⁰⁸. A primeira situação, além de relativamente corriqueira, afigura-se mesmo necessária, tendo em vista que o legislador não pode prever antecipadamente a pluralidade quase infindável de situações práticas. A segunda, ao revés, representa uma flagrante inconstitucionalidade.

Assim como interpretar representa, em síntese, aplicar a lei penal, dúvidas não restam de que a tarefa do exegeta é indispensável, ainda que se esteja diante de normas aparentemente claras de tipos penais cujos conteúdos sejam eticamente reprováveis²⁰⁹.

Entender de forma diversa significa subverter uma lógica que permeia não só o direito penal, mas também os demais ramos do direito.

²⁰⁶ EMENTA: "Crime de Computador": publicação de cena de sexo infanto-juvenil (E.C.A., art. 241), mediante inserção em rede BBS/Internet de computadores, atribuída a menores: tipicidade: prova pericial necessária à demonstração da autoria: HC deferido em parte. 1. O tipo cogitado - na modalidade de "publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente" - ao contrário do que sucede por exemplo aos da Lei de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma norma aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da imagem para número indeterminado de pessoas, que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede BBS/Internet de computador. 2. Não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta criminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo. 3. Se a solução da controvérsia de fato sobre a autoria da inserção incriminada pende de informações técnicas de telemática que ainda pairam acima do conhecimento do homem comum, impõe-se a realização de prova pericial. (HC76689/PB-PARAÍBA; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Primeira Turma. DJ 06.11.98; p. 00003).

²⁰⁷ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal. Parte General**. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010, pp. 121-122.

²⁰⁸ Para Eduardo Correia, ainda que se admita um tipo de injusto, com junção de elementos de tipicidade e antijuridicidade, tal circunstância não tem o condão de afastar as garantias do tipo penal em sentido estrito, como a proibição de interpretação extensiva e de *analogia in malam partem*. CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. v. II. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 3-4.

A principal utilização da distinção *in se e mere prohibita* até os dias atuais destina-se à elaboração de uma verdadeira teoria da justiça criminal por meio da determinação de um conceito material de delito que se entenda anterior à atividade legiferante, para, a partir de seus contornos, estabelecer os limites do que pode ser legítima e autenticamente punível, para fins de determinação do âmbito de incidência do poder punitivo estatal²¹⁰.

Veja-se que a relevância desta tarefa implica em se considerar a existência de um injusto a priori, qual seja, condutas que devem ser previstas como típicas e ilícitas, as quais são apenas “descobertas” pela atividade legislativa, que as colhe do seio da convivência comunitária.

A limitação e ligação do poder estatal de definição de tipos penais incriminadores a condutas largamente intuídas como reprováveis ou imorais (independentemente do fundamento invocado por essa reprovabilidade ou imoralidade) corresponde à intencionalidade histórica da distinção. A essas ações consideradas imoralmente caracterizadas foi criticamente contraposto um conjunto de condutas destituídas dessa qualidade, de conteúdo muito variável e de denominação muito diversa: delitos artificiais, delitos políticos, infrações administrativas, contravenções e, finalmente, nos nossos dias, contra-ordenações²¹¹.

A distinção entre *delicta in se e delicta mere prohibita* encontra grande relevância no debate sobre o erro de direito²¹² (anteriormente) e sobre o atual erro de proibição. É exatamente o que, nesta tese, interessa mais de perto.

“Este aspecto prende-se, de resto, com os anteriores, pois tendo a questão do conceito material de crime e da natureza do ilícito penal a ver com os limites da

²⁰⁹ Aduz Brandão: “a interpretação e aplicação do Direito Penal não devem ser feitas de forma autista, isto é, encerradas exclusivamente na dogmática daquele Direito. Se o que se atinge no Direito Penal são bens assegurados pela Carta Política, sua aplicação e interpretação devem ser feitas em consonância com os Princípios Constitucionais. Isso importa em reconhecer que, além do caráter técnico-dogmático, o Direito Penal tem um caráter político. Ocorre que o caráter político não é inócuo; ao contrário, ele condicionará o objeto e o método do Direito Penal, fazendo com que os mesmos tenham uma relação substancial com os Princípios Constitucionais”. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

²¹⁰ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 26.

²¹¹ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 27.

²¹² A teoria do *error iuris nocet* calca-se na distinção entre erro de direito e erro de fato, ao atribuir relevância este para fins de exclusão da responsabilidade dolosa, dando causa a uma responsabilidade culposa em caso de inescusabilidade. Ao revés, a ocorrência do erro de direito não produzia qualquer efeito no tocante à exclusão da responsabilidade penal. CERESO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008, p. 835.

intervenção penal e estes com as áreas do consenso social sobre valores e sobre a protecção dos mesmos face a ofensa insuportáveis, em termos breves, com a experiência ético-prática acerca do punível sediada no mundo da vida social, delas se valem também os cidadãos-leigos na avaliação quotidiana do carácter proibido ou permitido das condutas”²¹³.

Parece intuitivo que a baliza adotada pelos sujeitos não especializados em normas jurídicas, quanto ao que é proibido ou permitido, na vida em sociedade, está centrada na análise do conteúdo ético da ação a ser praticada. A proximidade entre as esferas normativas do direito, da moral e da ética, embora não importe em absoluta identidade entre aquelas, sempre foi utilizada para fornecer um parâmetro relativamente seguro na identificação das condutas puníveis.

De fato, à medida que o tipo penal se aproxima de conteúdos éticos sedimentados na sociedade, mais facilmente se dará sua visualização e menor será a probabilidade de um sujeito socialmente integrado agir em erro sobre a ilicitude não censurável. Por outro lado, quando a norma penal punitiva se distancia dos referidos conteúdos éticos e se justificar pela necessidade de regulação de subsistemas sociais, mais complexos serão os tipos incriminadores, com maior segregação das representações de natureza ética e, portanto, maior será a probabilidade do sujeito ignorar a antijuridicidade da conduta por desconhecer a proibição formal. Por consequência, está a teoria do erro inexoravelmente jungida às modalidades de configuração social, pré-jurídica, do ilícito criminal²¹⁴.

Esta conclusão, embora pareça lógica, implica em desconstruir teses anteriormente assentadas na doutrina penal. A leitura dos institutos da dogmática jurídica depende diretamente de se tratar se um tipo de direito penal de justiça ou de direito penal secundário. Isto porque as figuras típicas neste ramo consideradas não se brotam da necessidade social de defesa de bens jurídicos socialmente aceitos, mas importam em reforço a proibições administrativas que visam tutelar determinados setores sócio-econômicos.

As consequências desta conclusão são as mais variadas. De fato:

Il fenomeno del moltiplicarsi del numero delle fattispecie penalmente rilevanti contraddistingue i diversi ordinamenti giuridici europei, a partire già dalla seconda metà del XVIII secolo. Esso presentò, sin dall’inizio, certamente un aspetto di carattere “positivo”, ossia quello di intervenire a prestare tutela giuridica (penale) di nuovi interessi ritenuti esserne meritevoli, in un determinato contesto sociale. Dall’altro lato però, tale fenomeno ha mostrato un ulteriore aspetto di carattere,

²¹³ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 34.

²¹⁴ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 34.

potremmo dire “negativo”, ossia si è posto come il risultato di un lungo e complesso processo di “inflazione” della pena ed un suo utilizzo indiscriminato²¹⁵.

A dita expansão do direito penal recentemente verificada e que causou o largo incremento de delitos de mera proibição pôs em causa o antigo princípio da *ignorantia legis non excusat*²¹⁶.

Isto porque se torna impossível ao sujeito conhecer o arcabouço normativo que prevê a infinidade de delitos atualmente previstos nos mais diversos sistemas jurídicos. Se a exigência de conhecimento da lei é uma presunção ou mesmo uma necessidade dos ordenamentos normativos, não pode ser imposta como verdade incontestável, especialmente diante da inflação legislativa verificada.

Em outras palavras, diante de proibições penais desprovidas de conteúdo ético, mostra-se necessário rediscutir conclusões aceitas pela dogmática a respeito de crimes com real desvalor ético-jurídico, especialmente o velho princípio de que o erro de direito (ou melhor, erro de proibição) é despido de repercussão no plano das consequências penais.

Por outro lado, conclui-se que a solução do problema da consciência da ilicitude²¹⁷ e, por consequência, do erro de proibição não admite tratamento uniformizado, pois dependerá do contexto de significação social do comportamento. Se, por um lado, divisam-se condutas com desvalor jurídico-penal correspondente ao nível de representações éticas e sociais aceitas em determinado momento histórico, por outro assomam comportamentos incriminados despidos daquele conteúdo, os quais demandam necessariamente o real conhecimento da proibição formal²¹⁸. Desta forma, exsurgiria um regime diferenciado para o erro de proibição

²¹⁵ C.E. PALIERO. “**Minima non curat praetor**”-**Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari**”. Padova, Cedam, 1985. Tradução livre: “O fenômeno da multiplicação do número de tipos penalmente relevantes se verifica nos diversos ordenamentos jurídicos europeus, já a partir da secunda parte do século XVII. Apresentou, de início, certamente um aspecto de caráter positivo, qual seja de prestar tutela jurídica penal de novos interesses considerados dignos, em um determinado contexto social. De outro lado, contudo, tal fenômeno mostrou um ulterior aspecto, pode-se dizer, negativo, a saber, se é tido como resultado de um longo e complexo processo de inflação da pena e de sua utilização indiscriminada”.

²¹⁶ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 36.

²¹⁷ Segundo Cláudio Brandão, “a consciência da antijuridicidade vem sendo o conceito mais difícil de se estabelecer em todo o Direito Penal, todavia, apesar dessa dificuldade, ela é o elemento mais importante da teoria do delito contemporânea”. BRANDÃO, Cláudio. “A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 136, out-dez. 1997.

²¹⁸ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 36.

com a consequente necessidade, no âmbito dos delitos de mera proibição, de que a consciência da ilicitude abrangesse também a previsão legal.

A referida necessidade de uma consciência da antijuridicidade qualificada nos crimes de mera proibição resultaria da ausência de conteúdo ético subjacente a estas incriminações. Nestas hipóteses, não há como se exigir o sujeito que tenha interiorizado, em seu desenvolvimento social, o caráter desvalioso das condutas, porque este simplesmente não existe. Assim, inviável o recurso ao esforço de consciência, posto infrutífero.

Para os romanos, vigorava a exigência do dolo normativo. Posteriormente, com o desenvolvimento da teoria psicológica da culpabilidade, a utilização da metodologia das ciências naturais implicou na retirada dos elementos normativos da culpabilidade e a consciência da antijuridicidade do dolo, resumido a mera previsibilidade acrescida da vontade de realização da conduta²¹⁹.

Sem dúvida a distinção clássica aqui trabalhada, além das inúmeras consequências apontadas, permite uma estreita ligação entre a dogmática e a filosofia jurídica²²⁰, na definição de um conceito material de crime²²¹.

Um conceito substancial de delitos está diretamente vinculado a uma ação prevista em lei que lesa ou põe em perigo bens jurídicos socialmente relevantes.

Entretanto, neste passo, uma consideração merece ser feita. Muito embora a distinção dos crimes em si e dos crimes de mera proibição, consoante já se pontuou, ter buscado desvendar o conteúdo essencial do ilícito penal, tal tarefa nem sempre buscou a restrição do poder punitivo estatal²²².

Ou seja, a realização da referida distinção nem sempre serviu para por freio ao poder punitivo do Estado, mas ao efeito contrário.

²¹⁹ JAKOBS, Günther. **Moderna Dogmática Penal**. Estudios Compilados. 2. ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008, p. 207.

²²⁰ Segundo Cláudio Brandão, o tema da consciência da ilicitude é um dos mais árduas da teoria do crime, na medida em que sua análise une conceitos de filosofia e de direito penal. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 2111.

²²¹ DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 36.

²²² Idem, p. 40.

3 CULPABILIDADE E REPROVABILIDADE

3.1 O Princípio da Culpabilidade. Concepções sobre a culpabilidade.

Trata-se de princípio geral a afirmação difundida de que não há pena sem culpabilidade e esta determina a medida da pena. Sob esta base assenta-se a vedação da responsabilidade objetiva pelo resultado.

Como assevera Dias: “todo direito penal é um direito penal da culpa e esta constitui pressuposto e fundamento de toda a pena e da sua medida²²³”. Ocorre que no âmago do conteúdo material do princípio da culpabilidade reside uma forte tensão entre o sentido supraindividual e o sentido individual, qual seja, entre as exigências baseadas em padrões objetivos e necessidade de avaliação do agente de acordo com critérios subjetivos e individualizados²²⁴.

De fato, enquanto existem *standards* de comportamentos oriundos do ordenamento jurídico e dirigidos à coletividade em geral – como visto, mesmo os inimputáveis estão sujeitos às normas de dever – o conceito de culpabilidade e a reprovação que lhe é ínsita demanda uma análise individualizada do sujeito autor do fato típico e antijurídico.

Para Jakobs:

[...] no marco desta solução, adaptar-se ao mundo com seu sistema de regras sempre supõe adaptar-se a um mundo que quiçá renegue Deus, pelo que cada um há de evitar de modo personalíssimo cair nessa apostasia. O fato de que não se pode imputar objetivamente não exclui, portanto, de forma necessária, a culpabilidade do pecado, mas excluir – e com isto concluo – a culpabilidade jurídico-pena²²⁵.

Mormente no âmbito do direito penal, a referida tensão dialética aponta para uma situação extrema de incremento de momentos supra-individuais e objetivos no seio da culpabilidade que conduz o direito penal a transmudar-se em um ente abstrato e ideal, distante do conceito de sujeito como indivíduo próprio. Este afastamento do direito penal do conceito de culpabilidade como reprovação social termina por retirar-lhe legitimidade ética para

²²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 177.

²²⁴ Idem, p. 177.

²²⁵ JAKOBS, Günther. **Moderna Dogmática Penal**. Estudios Compilados. 2. ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008, p. 221.

realizar uma censura pessoal e, por consequência, aplicar a pena cabível na medida e nos limites da culpabilidade²²⁶.

Dúvidas não há que a valorização de momentos objetivos na culpabilidade leva a uma uniformização de expectativas de conduta e institui padrões mais rígidos de análise dos casos isolados. Ocorre que a análise da reprovação que se endereça ao sujeito, no âmbito da culpabilidade, não pode se escudar em padrões prévios, mas deve levar em consideração as condições e qualidades pessoais do sujeito, sua história, seu grau de instrução etc.

Por outro lado, não se está a advogar a inflação de momentos subjetivos e empíricos na culpabilidade, pois tal condução levaria o direito penal à adoção de medidas de terapia individualizadas que possuem um viés distanciado da reparação e mais próximo de uma restituição puramente causal²²⁷.

Ora, a adoção da pena como terapêutica individual é desvio indesejado no direito penal da culpabilidade e desvirtua suas feições próprias de entidade voltada à tutela dos bens jurídicos mais severos através da adoção das sanções em tese mais gravosas previstas no ordenamento jurídico.

O cerne da análise mais moderna da culpabilidade está centrado na liberdade do homem, que é seu pressuposto necessário. Somente se justifica a teoria welzeliana da culpabilidade a partir do dogma da liberdade de decisão do homem.

Desta maneira, a questão da liberdade de atuação e decisão poderia ser cindida em duas perspectivas: 1) teoricamente se afigura possível uma decisão em acordo com a vontade das normas, em detrimento de uma em desacordo com aquelas? (problema do livre arbítrio); 2) admitida a possibilidade de resolução conforme a norma, o agente, em uma determinada situação concreta, seria capaz da deliberação no sentido das normas? (problema da capacidade de culpabilidade ou imputabilidade)²²⁸.

Entretanto, esta afirmação do livre arbítrio²²⁹, embora suportada pela maioria doutrinária, não está imune a críticas, especialmente pelas dificuldades atávicas no trato da questão:

²²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 178.

²²⁷ Idem, p. 178.

²²⁸ ROXIN, Claus. “Finalismo: um balanço de seus méritos e deficiências”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 65. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 19.

²²⁹ Para Santo Agostinho, trata-se de dimensão da faculdade humana, fundamentada pela vontade e da qual não prescinde a possibilidade de escolher. AGOSTINHO, Santo [Aurelius Agustinus]. **Diálogos sobre o Livre Arbítrio**. Tradução e introdução de Paula Oliveira e Silva. Lisboa: 2001, *passim*.

Dir-se-á que para o conhecimento humano a liberdade continua a constituir um pressuposto por esclarecer. Notar-se-á inclusivamente que, atenta a dificuldade e discutibilidade (logo historicamente patentes) da questão, importa renunciar ao seu tratamento para nos bastarmos com a pretensa <<evidência>> de que a nossa autocompreensão pressupõe ainda e sempre a liberdade, ou com a mera <<derivação>> desta – como é particularmente frequente entre juristas – a partir de qualquer categoria normativa²³⁰.

Há de se ressaltar que a liberdade, entendida como cerne da culpabilidade, além de ser característica da conduta, é nota do sujeito agente, o que leva a considerações ulteriores de natureza espiritual e da própria essência do ser humano²³¹.

Ora, a liberdade²³² é imanente ao ser que age, não apenas no momento da conduta analisada, mas como característica de sua individualidade, na realização de suas atividades cotidianas e não apenas quando da prática de condutas com relevo para o direito penal.

Como a culpabilidade implica em responsabilidade importa também em responder a alguém ou perante alguém, de modo que ultrapassa a fronteira do homem como sujeito em si, como ser-consigo-mesmo e alcança o ser-com-outros²³³.

Ou seja, a culpabilidade é um juízo de reprovação e como tal pressupõe alteridade; não há uma autocensura, mas a censura advém de fora do indivíduo censurado, oriunda de instâncias institucionalizadas e por meio de um processo próprio, observadas as garantias específicas. Ainda que o indivíduo, em atitude íntima e reservada, questione-se sobre a sua conduta e até mesmo se imponha uma autopunição, tal atitude em nada se aproxima da culpabilidade, que depende da alteridade e da comunicação entre os sujeitos.

Aliás, até mesmo o Direito é um produto da realização da liberdade que tenciona lograr o auge do desenvolvimento ético do homem. A obra jurídica é voltada específica e limitadamente a valores próprios relevantes para a coletividade por meio de normas, mas ainda é partícipe do sentido do dever ser ético-existencial e, assim, se presta ao homem também no âmbito de sua vida concreta²³⁴.

²³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pg. 178-179.

²³¹ Idem, pg. 179-180.

²³² Santo Agostinho estabelece uma clara distinção entre a continência e a incontinência, a partir de uma separação entre a firmeza moral, possibilidade de liberdade e seu oposto, qual seja, indiferença de vontade como baixo grau de liberdade. ALMADA, Leonardo Ferreira. **Sentido ontológico do mal em Santo Agostinho**. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2005. Orientador: Luiz Alberto Cerqueira. Dissertação (mestrado) - UFRJ/IFCS/Programa de Pós-graduação em Filosofia, 2005, p. 56.

²³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 180.

²³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 180-181.

O conteúdo ético do direito não é imposto à sociedade, mas antes dela recolhido numa atividade de reconhecimento dos valores vigentes em determinada época e em certo lugar. Daí ser uma tarefa que se renova e reinventa, pois atrelada a dados históricos e mutáveis.

Ainda que a culpabilidade jurídico-penal deva se restringir a parâmetros limitados – fato praticado e ato de vontade que o conduz -, nela se encontram os questionamentos sobre a liberdade e, por conseguinte, sobre o livre-arbítrio e o sentido último da liberdade. Desta forma, a problemática da culpabilidade assume feições distintas a depender do nível de liberdade do homem²³⁵.

Parece intuitivo que somente quando houver liberdade de atuação²³⁶ é que se poderá tratar de culpabilidade e, por consequência, de reprovação em um conceito de direito penal. Aceito o determinismo, i.e., admitido que o homem não possui liberdade de escolha de se, como e quando agir, desaparece qualquer sentido da culpabilidade tal como atualmente concebida.

Se um dado sistema de normas volta-se ao sujeito como pessoa, a autonomia ética deste aponta que o fundamento da culpabilidade repouse em algo que lhe é eticamente censurável. Assim, só pode haver censura quando o indivíduo age com vontade²³⁷.

Fora das hipóteses em que há vontade dirigida a um fim, isto é, quando se trata de meros processos causais, atos involuntários, reflexos, atos praticados em estado de sonambulismo, não se pode falar em reprovação e, por conseguinte, em culpabilidade.

E mais, a culpabilidade:

[...] é a censurabilidade do comportamento humano por o culpado ter actuado contra o dever quando podia ter querido actuar de acordo com ele. Por isso supõe ela o livre-arbítrio, o indeterminismo do agente na situação, e fundamenta-se nele: o culpado – numa fórmula não inteiramente exata mas que em definitivo se impôs - <<podia ter agido de outra maneira>>, i.e., de acordo com a norma²³⁸.

Aqui se ressalte: só há falar em culpabilidade se o agente livre conhecia o dever e optou por atuar em contrariedade a este. O agir conforme a norma era uma alternativa possível

²³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 181.

²³⁶ Para Agostinho, inexistente a plena autonomia da vontade. Diante da noção filosófica de que toda manifestação do ser relaciona-se ao Supremo, de modo que inadmissível uma vontade sem tendência à forma. AGOSTINHO, Santo [Aurelius Augustinus]. **Diálogos sobre o Livre Arbítrio**. Tradução e introdução de Paula Oliveira e Silva. Lisboa: 2001, *passim*.

²³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 183.

²³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 183.

e desejada, o que pressupõe livre determinação e conhecimento ao menos do conteúdo ético informador da norma.

Assim, o conteúdo material da culpabilidade está na decisão voluntária do sujeito pelo ilícito e a possibilidade, no caso vertente, de poder agir de forma diversa é, ao mesmo tempo, pressuposto e conteúdo da culpabilidade²³⁹.

Diga-se de logo que não concordamos com o posicionamento de Jorge de Figueiredo Dias no sentido de que o poder agir de outra forma seja, ao mesmo tempo, pressuposto e conteúdo da culpabilidade. Na verdade, a culpabilidade, tal como entendemos, no bojo da doutrina finalista da ação²⁴⁰, é formada por três elementos distintos: imputabilidade, consciência potencial²⁴¹ da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A possibilidade de agir de outra forma está umbilicalmente ligada ao terceiro dos elementos da culpabilidade.

Diz Toledo que, “a culpabilidade ganha um elemento – a consciência da ilicitude (consciência do injusto) -, mas perde os anteriores elementos anímicos subjetivos – o dolo e a culpa stricto sensu – reduzindo-se, essencialmente, a um juízo de censura²⁴²”.

A definição de uma culpabilidade jurídico-penal calcada na vontade do sujeito pressupõe uma tomada de posição face a questão do livre-arbítrio, nas suas duas vertentes mais relevantes: a questão teórica de saber se a vontade humana pode ou não ser considerada livre; a questão prática de se identificar a vontade livre em um caso concreto. Quanto ao primeiro questionamento, a tendência atual é assentar a impossibilidade de respostas absolutas pela psicologia ou por qualquer outro setor da ciência empírica, tendo em vista a complexidade e multiplicidade de aspectos de análise do ser humano total²⁴³.

Entretanto, não resolve o problema da definição do conteúdo material da culpabilidade a simples afirmação da impossibilidade de se lograr, por meio das ciências empíricas, a questão teórica de saber se a vontade humana pode ou não ser considerada livre.

²³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 184.

²⁴⁰ Na década de 30 do século passado, surge a teoria finalista da ação que representa uma mudança de balizas no desenvolvimento do direito penal. Welzel asseverou que a referida teoria não buscava a obter um conceito de ação válido e exaustivo “para todos os campos da vida”, mas a demonstrar “o substrato material – pré-jurídico –” responsável por ligar o “ordenamento jurídico a seus predicados de valor”.

²⁴¹ Ainda que o conhecimento da antijuridicidade não se verifique na hipótese analisada, é exigido do autor do fato típico e antijurídico, se comparado a uma pessoa regular, com idênticas condições sociais, econômicas, culturais etc. BRANDÃO, Cláudio. “Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro”. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 225/226.

²⁴² TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 21.

²⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 184-185.

Não é suficiente que se atribua como geral a capacidade de autodeterminação para se perquirir da culpabilidade. É necessário analisar a existência ou não de capacidade real de uma pessoa certa e determinada, concretamente analisada, num certo contexto de tempo e lugar, obtendo-se um critério útil de distinção entre ações livres e não livres. Ocorre que esta verificação específica, no caso prático, é também impossível²⁴⁴.

A solução para o sentido possível do poder agir de outra forma reside numa espécie de abstração do concreto poder deste agente no caso específico e na generalização para um poder médio ou regular, para a obtenção de um padrão, ainda que contornos de subjetivismo, do ordinário poder do homem com as capacidades próprias do agente²⁴⁵.

Freudenthal tratou do conceito de inexigibilidade de conduta de diversa, a fim de excluir a culpabilidade nas situações em que fosse impossível exigir do agente um determinado comportamento por este implicar um inadmissível sacrifício. Deste modo a reprovabilidade dependeria da premissa da liberdade de decisão e, na situação concreta, a opção pela conduta contrária ao direito²⁴⁶.

Não é plausível que aqui se faça, para solução da questão tratada, da comum referência ao homem médio, figura que, malgrado a recorrência na utilização, pouco ou nada traz de significado para a verificação de uma culpabilidade calcada em critérios subjetivos.

Ocorre que mesmo a referência à generalização do poder individual do agente, embora mais plausível que a tese do homem médio, também não está livre de críticas. Isto porque se ressentem de padrões objetivos sociais indispensáveis à avaliação da culpabilidade e remanescem inafastáveis as incongruências entre a medida do poder personalizado e as demandas do dever social²⁴⁷.

Não maior êxito terá quem pretende fundamentar a culpabilidade na personalidade do sujeito, como se este com este recurso fosse possível afastar as questões referentes à liberdade e à vontade livre.

Entende Figueiredo Dias que o critério e o fundamento da culpabilidade não residem na errônea utilização do poder agir de forma diversa, mas na infringência de um dever de adequação da personalidade do agente às exigências jurídicas. A legitimação ética de tal entendimento está em que não se pode recorrer ao poder agir de outra maneira, sequer como

²⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 187.

²⁴⁵ Idem, p. 188-189.

²⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 512.

²⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 189.

pressuposto da culpabilidade, porque do dever de adequação da personalidade não se pode concluir pela existência de um poder efetivo e real do sujeito. Ainda porque só quando se encontra no dever o fundamento e a medida da culpabilidade é que são atendidas as exigências feitas pelo dever social a um direito penal de culpabilidade²⁴⁸.

O poder agir de outra maneira é uma ficção elaborada pela doutrina penal para suprir a falta de um fundamento ou pressuposto para a culpabilidade. Ocorre que não responde às exigências de um poder real e concreto do sujeito diante do caso concreto, mas uma mera potencialidade, generalizada e abstrata.

Para Córdoba Roda, no bojo da teoria finalista, a reprovação é um juízo de valor a respeito do agente que não adaptou sua conduta às exigências legais, embora esta adaptação lhe fosse possível no momento da conduta²⁴⁹.

Quanto à fundamentação ética da culpabilidade, do ponto de vista material, observa-se a superação de uma liberdade indeterminista por uma liberdade pessoal. Ocorre que, no bojo de um juízo de reprovação, há de se atentar para a liberdade real do sujeito, que precisa ser um ente empiricamente comprovável²⁵⁰.

Em outras palavras, como a liberdade do sujeito quer e precisa fundamentar a culpabilidade, ambas precisam ser entes verificáveis pelos sentidos.

Para se esclarecer a citada liberdade concreta e pessoal do homem:

[...] apela-se para o <<facto>> de que o homem não <<está aí>> simplesmente como as coisas, nem meramente <<deixa de ser>> como tudo o que vive, antes ele é aí, tem que ser, é para si mesmo uma tarefa absoluta que tem de cumprir. E se, por outro lado, o seu existir há-de ser dotado de sentido, isto significa que o homem tem de se decidir a si e sobre si, sem que possa em qualquer momento furtar-se a tal decisão e sem que esta esteja condicionada por qualquer <<se>> mas antes se lhe deparando como algo que tem, pura e simplesmente, de ser realizado. Neste sentido, o homem dá-se a si mesmo, através daquela <<decisão existencial>> ou <<opção fundamentada>>, a sua própria conformação²⁵¹.

É a decisão do homem feita a si e sobre si que o dignifica e o distingue das demais espécies.

Segundo Roxin:

²⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 193-194.

²⁴⁹ RODA, Juan Córdoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963, p. 49.

²⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 196.

²⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 197.

“[...] ao acentuar o significado da realidade ontológica para o Direito Penal, o finalismo refere-se a duas estruturas diferenciadas, sem jamais tê-las esclarecido ou separado suficientemente: de um lado, tem-se o significativo mundo da vida social com todas as suas referências; e, de outro, a lei do “ser”, que vale eternamente e dispensa qualquer referibilidade às estruturas sociais”²⁵².

Ora, a existência do homem se dá com a sua ação e neste plano se lhe oferecem uma série de possibilidades, a princípio sem distinção entre elas. A escolha da ação efetiva, indicada por um motivo efetivo, com significação para o sujeito, é ligada a uma decisão inicial, em que o homem decide sobre si mesmo²⁵³.

Neste aspecto, liberdade significa liberdade de decidir, numa situação concreta, a partir de critérios eleitos pelo sujeito, mas, antes, uma decisão existencial, anterior a todas as demais decisões.

Assim, o pode agir de outra forma “é, no plano do existir, a liberdade da decisão pelo próprio ser e sentido, a opção fundamental pela conformação da sua vida – a liberdade daquele que tem que agir assim por ser como é²⁵⁴”.

O sujeito age porque existe, mas a escolha específica, dentro de uma gama de possibilidades que se apresentam é eleita a partir de critérios que entende mais relevante para a sua própria realização.

O cerne da culpabilidade é a responsabilidade, imputada ao sujeito em razão do comportamento e de sua própria existência. A culpabilidade ética ou existencial se verifica quanto o citado comportamento infringe determinações do dever-ser. Assim, a culpabilidade representa uma contradição entre o sujeito livre e sua existência com as demandas do dever-ser postas como pressupostos existenciais. Em suma, a culpabilidade é a “violação pelo homem do dever de conformar a sua existência por forma tal que, na sua actuação na vida, não lese ou ponha em perigo bens juridicamente (jurídico-penalmente) protegidos”²⁵⁵.

A referência aos bens jurídicos²⁵⁶ é mais do que necessária, pois somente para a tutela daqueles mais relevantes para a sociedade, em dado momento e espaço, é que se justifica e legitima a intervenção penal.

²⁵² ROXIN, Claus. “Finalismo: um balanço de seus méritos e deficiências”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 65. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

²⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 197.

²⁵⁴ Idem, p. 198.

²⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 199.

Desta forma, a culpabilidade assume um conteúdo material, com fundamento na liberdade do sujeito e sempre em referência a um fato e à personalidade do homem, aqui entendida como decisão para si e sobre si²⁵⁷.

Esta definição da culpabilidade, baseada na liberdade, afasta-se do fundamento do poder agir de outra maneira e aproxima-se da necessidade de obediência ao dever legal.

Para Dias, culpabilidade importa na responsabilidade pela personalidade ética que fundamenta um injusto. Não se refere a uma gama de fatos que influem na aquisição de uma certa personalidade, mas à referida personalidade relevante do ponto de vista ético-jurídico, como uma unidade, em um determinado momento. Assim como a culpabilidade também está na não formação da personalidade, quando era possível recorrer a fatos e resultados que conduzissem à correta formação. Reside, portanto, também na omissão reiterada do sujeito de não atender ao dever de formação da personalidade com as exigências da ordem jurídica, verificando-se, assim, uma falta e esforço por parte do sujeito que poderia e deveria conformar sua personalidade com as demandas do dever-ser²⁵⁸.

Em que pese a relevância dos argumentos acima traçados e das críticas empreendidas, entendemos que o sentido da culpabilidade é determinado pela vontade do indivíduo, manifestada em uma dada situação concreta, de maneira contrária ao dever, quando poderia ter agido de acordo com as exigências do ordenamento jurídico.

Neste sentido, Francisco de Assis Toledo:

[...] o direito penal moderno é, basicamente, um direito penal de fato. Está construído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato. Demonstra a veracidade dessa afirmação a estrutura da grande maioria dos tipos penais que, segundo as exigências do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, descrevem um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico de autor²⁵⁹.

²⁵⁶ “Função de garantir o princípio de economia penal ou de mínima suficiência da lei penal, diante das tentações e tentativas de um direito penal fundamentado na desobediência da vontade; função de determinar, em cada tipo penal, qual o bem jurídico tutelado; função de precisa distinção e conseqüente classificação dos ilícitos penais, o que possibilita, no estudo da parte especial dos Códigos Penais, o decisivo passo além da exegese, e consiste na sistematização dos crimes em diversos agrupamentos, reunidos naqueles crimes, nestes agrupamentos, conforme os elementos que os constituem, os essenciais delicti; função de individualizar o titular do bem jurídico, que deriva a individualização, essencial na vida prática processual, e necessária para determinar a eficácia do consentimento, não só no campo das causas de exclusão da antijuridicidade, como na esfera das causas de exclusão da tipicidade”. LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 123.

²⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 199-200.

²⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 202.

²⁵⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192.

A culpabilidade de vontade se assenta em três pilares básicos, quais sejam, deliberação consciente e voluntária de prática do ilícito; capacidade de se motivar conforme a regra jurídica e, desta feita, uma contradição entre a conduta contra o dever e uma potencial vontade que poderia tê-lo orientado a agir no sentido do dever²⁶⁰.

A decisão pelo ilícito somente enseja reprovação se for consciente e voluntária, rechaçando-se de logo a tese do determinismo da conduta humana. Ademais, pressupõe o sentido do entendimento do dever jurídico e a sua motivação contraditória, quando era possível agir no sentido da norma. Somente com esta perspectiva é que se pode perquirir, no caso concreto, da culpabilidade jurídico-penal do sujeito.

Klaus Tiedmann, entretanto, propõe uma perspectiva moderada, na qual, embora assente o direito penal no fato, não exclui as influências do agente na prática criminosa e, portanto, na consideração a respeito da culpabilidade²⁶¹.

O problema da falta de consciência da antijuridicidade está claramente visível quando se fala de uma deliberação consciente de vontade pela conduta ilícita, o que, evidentemente, exige a formação do pensamento e do entendimento do agir ilícito. O essencial é a desvalia da vontade expressa, qual seja, o fato de o agente querer deliberadamente, com a sua decisão, afrontar o direito, quando poderia, na mesma situação, ter querido respeitá-lo²⁶².

Sem falta de consciência, ainda que potencial da ilicitude, torna-se impossível construir um sentido material de culpabilidade calcado na decisão consciente contrária ao direito.

Para Cerezo Mir, não é necessário que o conhecimento da antijuridicidade seja seguro, pois basta que o agente saiba que como provável que sua ação ou omissão contraria o ordenamento jurídico²⁶³.

Neste sentido, a Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal, *verbis*:

Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art. 21) (...). 18. O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o Projeto. Aboliu-se a medida de segurança para o imputável. Diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas. Admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude. Eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente os denominados “crimes qualificados pelo resultado.

²⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 205.

²⁶¹ TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de derecho penal económico: comunitario, español, alemán**. Barcelona: PPU, 1993, *passim*.

²⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 206.

²⁶³ CERZO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte geral. Montevideo: B de f, 2008, p. 836.

Está-se aqui a tratar, repita-se, de um potencial consciência ou cognoscibilidade da ilicitude. Ao revés, não se pretende reconhecer como culpável e punível apenas aquele que, “no momento da decisão, concretamente se representa, ao menos como possível, o carácter ilícito do fato, enquanto todos os outros terão de ser absolvidos por falta de culpabilidade²⁶⁴”.

Admitir somente a consciência efetiva da ilicitude conduz a resultados inadmissíveis e a uma generalizada profusão de impunidade, pois excluirá a culpabilidade de uma série de condutas.

Ora, a prevalecer a tese da consciência atual da ilicitude, forçosa seria afastar a punibilidade da grande maioria das condutas praticas por paixão, emoção e convicção, assim como dos perigosos delinquentes habituais e em todas as demais situações em que, em razão de uma decisão inopinada ou reiterada, não há de fato representação, sequer como possível, da antijuridicidade da conduta²⁶⁵.

Assim, impossível sustentar uma solução de consciência efetiva²⁶⁶ da antijuridicidade posto impraticável do ponto de vista da política-criminal, além de inadequada sob o aspecto dogmático, consoante restará amplamente esclarecido.

O cerne da questão aqui tratada reside na ideia de que não é a punibilidade o fundamento do ilícito material, mas, ao revés, este o fundamento daquela, na medida em que importa em lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos e, portanto, danosidade social. Está presente a reprovação e, portanto, a culpabilidade, quando o agente possui consciência da ilicitude material, mas desconhece a norma legal proibitiva ou a ilicitude formal, assim como quando conhece esta, mas desconhece aquela. Em ambas as hipóteses, o sujeito age com consciência da antijuridicidade. Na primeira hipótese, tem conhecimento da danosidade social da conduta e, portanto, seu agir é orientado de forma consciente pelo ilícito substancial; na segunda situação, o conhecimento da norma legal proibitiva denota, pelo menos da perspectiva do direito positivo, que ao fato é atribuída a qualidade de ser danoso à coletividade. Não é necessário que o sujeito concorde com o dever jurídico imposto, nem que o valore como devido ou indevido, Basta um conhecimento puro e simples, independente de qualquer tomada de posição pelo sujeito. Assim, existe a culpabilidade mesmo quando se trate

²⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 207.

²⁶⁵ Idem, pp. 207-208.

²⁶⁶ Crino dos Santos discorda da suficiência do conhecimento meramente atualizável da antijuridicidade e defende, para fins de caracterização da culpabilidade, uma consciência atual do injusto. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal** – Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 300.

do criminoso convicto, que conhece, mas não reconhecer o dever jurídico imposto como válido e ou jurídico²⁶⁷.

É desnecessário e mesmo irrelevante, para fins de aferição de culpabilidade, que o autor de um fato típico e antijurídico repugne o dever jurídico que lhe é imposto e por ele é descumprido.

As exigências de ordenação social e de sobrevivência da coletividade demandam que esta seja a solução, sob pena da escusa de consciência ou a mera discordância com o direito posto servir de salvaguarda para a prática criminosa²⁶⁸. Os anseios sociais de proteção dos bens jurídicos mais relevantes impõem uma ordenação e a vedação de condutas tidas por mais severas e, portanto, indesejáveis para o ente social.

Ademais, existe um nítido relacionamento entre o conhecimento do tipo e o conhecimento da antijuridicidade. Nos tipos de direito penal dito de justiça, ocorre uma expressão quase absoluta, por meio dos seus elementos constitutivos, da danosidade social da conduta. Nestas hipóteses específicas, o pleno conhecimento da figura típica, notadamente dos elementos normativos e daqueles que pressupõem uma valoração social, importa definitivamente em conhecer o significado socialmente desvalioso da conduta e da obrigação de não a realizar, o que, em outras palavras, significa consciência da antijuridicidade material²⁶⁹. Esta tese, como se verá, sofre intensas e fundadas críticas.

Veja-se que esta correlação quase necessária entre conhecimento do tipo e consciência da ilicitude não se repete nos tipos penais em que o conteúdo ético é mínimo e as proibições são guiadas pela necessidade de ordenação de subsistemas sócio-econômicos. Nestas hipóteses, o conhecimento da factualidade típica distancia-se do conhecimento da antijuridicidade, ainda que sob sua forma potencial. Isto porque as proibições contidas nas referidas figuras típicas não repetem as estruturas do direito penal de justiça, mas, ao revés, reforçam proibições de natureza meramente administrativa.

No que atine à distinção entre danosidade social e antijuridicidade formal, necessário aclarar que, para fins de uma decisão de vontade pelo ilícito e, portanto, contra o direito, a antijuridicidade cuja consciência é demandada só pode ser a material, no sentido de valor

²⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 209.

²⁶⁸ Sob os aspectos de necessidade política e social, o Estado não considera a importância da sensibilidade dos cidadãos à norma jurídica para fins de obediência, sob pena de ineficácia das normas penais. RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 59.

²⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 210.

ofendido pela conduta. Não pode pretender alargar-se para abranger também a proibição legal, mas também não é menos, ou seja, não se restringe à lesão a outras ordens normativas, quais sejam, moral, religiosa, ética, cultural. O desvalor propriamente jurídico tem significado peculiar, atribuído pela validade da norma jurídica e pelo bem jurídico tutelado²⁷⁰.

Luna distingue a antijuridicidade formal e a material. Ao passo que a ação é unidade dialética entre querer e fazer, a norma representa a mesma unidade entre preceito e conteúdo. No que atine ao preceito, a antijuridicidade é formal; no que atine ao conteúdo, material, pois diz com o bem jurídico tutelado²⁷¹.

Admitir um conhecimento da antijuridicidade formal como pressuposto necessário à culpabilidade representa, no âmbito do direito penal de justiça, em incremento da impunidade, solução absolutamente inaceitável. Isto porque nas figuras delitivas em que há um conteúdo ético expressivo, o sentido da desvalia é reconhecido pela coletividade em geral, de modo que basta o conhecimento ou sentimento da danosidade social.

Por outro lado, exigir o conhecimento da norma legal é tornar o conhecimento da ilicitude acessível apenas aos juristas e à parcela da população que possui o dever de informação para o exercício de uma profissão ou atividade específica.

Retomando-se a questão da relação entre conhecimento do tipo – notadamente seus elementos normativos – e conhecimento da antijuridicidade²⁷², não há como admitir uma sinonímia entre os institutos, mesmo em se tratando de direito penal de justiça.

Segundo Eduardo Correia, conquanto o tipo penal seja indispensável para a configuração da antijuridicidade penal, não necessariamente aquele determina um juízo da existência desta, pois, em determinadas situações, à exclusão da ilicitude penal²⁷³.

O sentido negativo do valor jurídico ligado ao fato não se confunde com o conhecimento dos elementos fáticos. Aliás, estão ambos em dimensões distintas. Ora, é inconcebível admitir que o sentido da ilicitude da conduta resulte da mera junção dos sentidos dos diferentes elementos que formam uma figura típica. Afinal, “a circunstância de os elementos do tipo serem portadores de um sentido de ilicitude e só a partir deste serem

²⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 211.

²⁷¹ LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos do Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1985, pp. 115/116.

²⁷² Para Cerezo Mir, a consciência atual da ilicitude da atuação não necessita ser reflexiva; é suficiente, à semelhança do elemento intelectual do dolo, uma consciência irreflexiva que o acompanhe. CERESO MIR, Jose. **Curso de derecho penal español**. Parte geral. Montevideu: B de f, 2008, p. 837.

²⁷³ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. v. II. Coimbra: Almedina, 1988, pp.3/4.

apreensíveis no seu exato significado individual não obsta a que eles vivam, na pura factualidade, independizados do sentido de ilicitude²⁷⁴”.

Embora o tipo traga em si um indício da existência da ilicitude, não há identidade entre tipicidade e ilicitude, de modo que o conhecimento ainda que pleno do sentido de todos os elementos que compõem um tipo penal não conduz necessariamente à apreensão do sentido de sua ilicitude.

Feitas estas considerações, é possível concluir que a questão da consciência do sujeito pode ser analisada sob um tríptico aspecto: a) quanto aos elementos que constituem a conduta; b) quanto ao desvalor não jurídico relacionado ao fato em sentido global, que pode influenciar a obtenção da consciência da antijuridicidade, mas não se confunde com ela; c) quanto ao sentido de desvalor jurídico do fato em sua integralidade, que é a perspectiva que interessa à análise da existência ou não da culpabilidade²⁷⁵.

É evidente que as três perspectivas acima relacionadas estão conectadas, mas não se confundem. A consciência quanto aos elementos fáticos²⁷⁶ diz com questão da tipicidade e a possibilidade de ocorrência ou não de erro de tipo, que tem contornos e consequências específicas.

Ora, o conceito de crime tem como imprescindível a ação, primeiro elemento a se analisar na verificação da ocorrência do delito. A seguir, sob o aspecto da valoração do objeto, a segunda característica do crime é a antijuridicidade e a terceira a culpabilidade²⁷⁷.

Por outro lado, o desvalor conferido por uma distinta ordem normativa, cultural, social, ética ou moral pode ou não coincidir com o desvalor jurídico, e somente releva quanto ocorre dita coincidência.

No bojo da análise da consciência da ilicitude, há de se ressaltar uma leitura necessária para a sua correta identificação. Trata-se de entender que aquela não está relacionada ao conhecimento de normas abstratas e genéricas, mas ao concreto sentido de desvalor jurídico²⁷⁸.

²⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 212.

²⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 213.

²⁷⁶ Segundo Muñoz Conde “es difícil, por no decir imposible, distinguir entre el conocimiento referido a la simples aprehensión de un objeto o dato material e el conocimiento referido a su significación ética o jurídica”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 28.

²⁷⁷ DOHNA, Alexander Graz Zu. **La ilicitud como característica general em el conteúdo de las acciones punibles**. Trad. Faustino Ballvé. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2000, p. 150.

²⁷⁸ Idem, p. 217.

É certo que a culpabilidade no direito penal de justiça exige a consciência da antijuridicidade, mas não numa feição concreta ou real e sim uma cognoscibilidade ou conhecimento potencial.

Sob esta concepção, torna-se possível harmonizar a estrutura e o sentido da consciência da ilicitude com a estrutura e o sentido da imputabilidade²⁷⁹.

Entretanto, em que pese a validade da afirmação acima, careceria de serventia efetiva se não fossem apontados critérios práticos e efetivos para, em determinado caso concreto, aquilatar se o sujeito agira ou não com potencial consciência da ilicitude.

Segundo Muñoz Conde:

[...0] con estas peculiaridades tiene que vérselas el juez en el proceso penal cundo se invoca el error de prohibición. Tiene que establecer, pues, una relación entre el lenguaje de la vida cotidiana, a través del cual el autor de un hecho punible ha adquirido sus conocimientos y su sistema de valores, y el lenguaje de las normas jurídicas en base al cual hay que decidir la imposición, atenuación o exclusión de una pena. Las dificultades que ello entraña son probablemente mayores en el conocimiento de la antijuridicidad que en los otros elementos subjetivos y similares que se contienen en la estructura del delito²⁸⁰.

O BHZ adotou a fórmula welzeliana que aponta para a falta de consciência da antijuridicidade incensurável e, portanto, exclusão da culpabilidade, sempre que o sujeito, ainda que empregando a necessária tensão da consciência ética, não houvesse logrado o conhecimento da antijuridicidade de seu atuar. Em outros termos, ainda que o agente tivesse empregado o necessário esforço de consciência ética, não alcançou a consciência da ilicitude, entendendo-se que o dito esforço se afere no nível exigido de acordo com as nuances da hipótese efetiva e as características próprias do sujeito²⁸¹.

Ora, o recurso ao esforço de consciência é um critério prático válido para aferição da potencial consciência da ilicitude em situações específicas em que as condutas tipificadas apresentam relevante conteúdo ético.

²⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 220.

²⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 57/58. Tradução livre: “Com estas peculiaridades em que lidar o juiz no processo penal quando se invoca o erro de proibição. Tem que estabelecer, pois, uma relação entre a linguagem da vida cotidiana, através da qual o autor de um fato punível adquiriu seus conhecimentos e seu sistema de valores, e a linguagem as normas jurídicas com base no que tem que decidir a imposição, atenuação ou exclusão de uma pena. As dificuldades trazidas são provavelmente maiores no conhecimento da antijuridicidade do que em outros elementos subjetivos e conceitos que reflitam disposições subjetivas e similares contidas na estrutura do delito”.

²⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 226.

Para Cirino dos Santos, trata-se de um método antigo que logra o conhecimento, no máximo, das violações de natureza moral, mas inapropriado ao conhecimento de espécies típicas criminais, sob pena de se inadmitir inexoravelmente a inutilidade do estudo da matéria jurídica²⁸².

Nesta perspectiva, bastaria ao sujeito reconhecer a desvalia do fato, bastando socorrer-se a conceitos de bom e mau que lhe foram transmitidos durante o seu desenvolvimento como ser social.

O Código Penal alemão entende o esforço de consciência ética com a utilização de todas as representações morais de valor, unidas a todas as forças espirituais de conhecimento, à tensão das forças da compreensão com a reflexão, informações e conhecimento necessários²⁸³.

Muito mais do que conhecer, no plano de uma atividade intelectual, o esforço de consciência importa em um reconhecimento de um sentido ético da conduta já anteriormente introjetado pelo sujeito.

Entretanto, tal critério não é válido para todos os aspectos da consciência da ilicitude, mas somente para aquelas figuras típicas que representam condutas valoradas como imorais, isto é, que segundo os padrões vigentes seriam merecedoras de castigo. Apenas em tais hipóteses seria possível ao sujeito refletir sobre os valores em jogo e assim obter a consciência da ilicitude. Em outras searas, desaparece a relevância do esforço de consciência e a reprovação se fundamenta, apenas, por uma falta intelectual do sujeito que não fez tudo o necessário, do ponto de vista do razoável, para obter os necessários esclarecimento e informação sobre a antijuridicidade da conduta²⁸⁴.

No critério da tensão da consciência, não se demanda do sujeito um conhecimento efetivo e atualizado, mas traz ínsita uma questão estritamente psicológica²⁸⁵ e cognitiva que está sintetizada na existência ou inexistência de capacidade psicológica de conhecimento. Para

²⁸² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal** – Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 306.

²⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 227.

²⁸⁴ Idem, p. 228.

²⁸⁵ Segundo Muñoz Conde: “Pero lo que aquí interesa destacar es que el conocimiento de la antijuridicidad no es un problema psicológico individual y como tal constatable con los rudimentarios conocimientos de una Psicología empírica, sino un problema psicológico colectivo, producto de la interacción y, en última instancia, de la atribución. Lo que recientemente se denomina *normativización de un elemento subjetivo*. Es esta normativización la que incide en que se admita con mayor o menor amplitud la excusa de la inevitabilidad del error y no la difícilmente demostrable estructura psicológica individual de la misma (saber actual o inactual del sujeto)”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 57/58.

esta tese, o relevante se dá na análise sobre a negação ou afirmação da cognoscibilidade da antijuridicidade, sem questionamentos ulteriores a respeito da origem, causas ou razões da falta de um conhecimento atual da antijuridicidade²⁸⁶.

3.2 Culpabilidade e erro de proibição no Direito Penal Econômico

O conceito de culpabilidade é complexo, abrange vários significados e diferentes perspectivas. O traço comum entre os distintos significados se assenta na ideia de responsabilidade pessoal do agente pela prática do fato típico e antijurídico (ilícito típico)²⁸⁷.

Numa primeira perspectiva, a expressão culpabilidade está relacionada à sua justificação, ou seja, o que enseja a realização do ato de punição do sujeito. Encontra-se neste passo o princípio da culpabilidade, segundo o qual não há sanção sem culpabilidade e a pena nela encontra fundamento e limites intransponíveis²⁸⁸.

Esta visão da culpabilidade está visceralmente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, de estatura constitucional, especificamente no art. 1.º, da Constituição da República²⁸⁹.

Segundo Ricardo de Brito A. P. Freitas:

[...] o ideário liberal exigia o reconhecimento da existência de direitos naturais do indivíduo e da igualdade fundamental entre todos os homens perante a lei. Com o liberalismo desapareceu o súdito que foi substituído pelo cidadão, titular de direitos diante do Estado e contra ele²⁹⁰.

²⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 229.

²⁸⁷ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 167.

²⁸⁸ Idem, p. 167.

²⁸⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²⁹⁰ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 49.

Ora, considerando que o indivíduo não pode ser considerado meio, mas fim do direito, assim como sua redução a mero objeto é odiosa, a pessoa humana é o destinatário da norma legal e a razão de sua existência. Portanto, no âmbito da culpabilidade o respeito à dignidade da pessoa humana deve ser regra insuperável.

Assim, admitir a punição do sujeito sem culpabilidade ou em intensidade maior do que a demonstrada representa tratá-lo como meio para o alcance de finalidades que o desconhecem, lesando o direito ao seu reconhecimento como cidadão e, por consequência, a própria ordem jurídica como ordem de reconhecimento²⁹¹.

Por outra banda, a liberdade, pedra de toque da culpabilidade, admite sua compreensão sob três perspectivas também distintas. No que tange à leitura realizada pela filosofia moral e pela teoria da ciência, calcadas nas doutrinas do livre arbítrio²⁹², do determinismo ou das posições de compatibilização; sob o enfoque da teoria da linguagem, com fundamento nas estruturas e significados da linguagem diária normalmente utilizados para identificação da conduta como seguimento de regras de sentido e também para imputação de responsabilidade pelo agir; ou, finalmente, em um viés ético-político, tecido a partir de estruturas comunicativas do mundo da vida, ou seja, o modo como se autocompreendem os cidadãos numa sociedade liberal e democrática²⁹³.

Em conclusão, nesta última acepção de liberdade acima traçada, tem-se que o sujeito da culpabilidade é o indivíduo apto a responder pelas suas condutas e somente pode ser assim considerado aquele que participa comunicativamente numa sociedade de cidadãos que se entendem livres, iguais e em cooperação, definindo normas que disciplinam as relações entre os agentes e critérios de atribuição de responsabilidade pela ofensa às normas postas²⁹⁴.

²⁹¹ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 167.

²⁹² A pena finalística é de todo ponto compatível com um livre-arbítrio subtraído à lei da causalidade, mas completamente independente da verdade desta hipótese. A pena pressupõe que o indivíduo sobre quem ela recai pode sentir, como todos os outros homens, o mal que lhe é infringido, e, como todos os outros homens, pode assimilar as ideias que a cominação e a execução podem suscitar. A condição da culpa criminal, como responsabilidade pelo resultado que de fato se produz, é apenas a capacidade de determinar a vontade (capacidade, sem dúvida, própria a todo homem maduro e sã de espírito) por meio de ideias e representações em geral, e especialmente pelas ideias e representações oriundas da religião, da moral, do direito e do senso prático que regulam toda a nossa conduta. LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. vol. 1. Tradução José Higinio Duarte. Campinas, São Paulo: Russel Editores, 2003, p. 161.

²⁹³ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 168.

²⁹⁴ Idem, p. 168.

Posto serem sujeitos de culpabilidade apenas os cidadãos livres, somente se pode falar legitimamente em reprovação da culpabilidade em uma sociedade de natureza democrática, na qual se insere o indivíduo como agente concreto na interação com os demais²⁹⁵.

Não parecem existir maiores indagações sobre a necessidade de liberdade como fundamento da culpabilidade, posto somente é culpável quem poderia agir de outro modo e age em contrariedade ao direito. Se não há liberdade no agir, não há como se justificar a reprovação, senão como expediente autoritário e que usa o ser humano como instrumento para atingimento de finalidades distintas da realização democrática do bem comum.

Outro aspecto da análise da culpa diz com o questionamento a respeito do que transmuda um sujeito em agente culpado, ao qual se dirige a reprovação ou juízo de censura. Em uma leitura substancial, admite-se a imputação da culpabilidade na tomada pessoal, pelo agente, de um mal qualificado em condições de liberdade, bom nível de informação normativa e regular motivação pelo Direito²⁹⁶.

O mal existente em estado potencial é apropriado pelo sujeito, mesmo quando ciente das normas legais que vedam a conduta (ou mesmo da existência de um conteúdo ético de atribuição de desvalor ao atuar), num ambiente em que seria possível optar por não agir ou mesmo agir em consonância com o direito.

O mal criminal representa uma lesão a um bem jurídico, o qual expressa recíproco conhecimento de cidadãos livres, iguais e cooperantes, e constitui o bojo de uma norma proibitiva penal. Não se exige neste passo uma efetiva lesão ao bem jurídico, mas admite-se ainda uma mera ameaça de lesão, o que se pode visualizar em situações de crimes de perigo²⁹⁷.

A ofensa de natureza criminal é socialmente danosa²⁹⁸ e, como tal, repercute na difusão e circulação no patamar dos significados éticos correntes, os quais são apreendidos pelos demais cidadãos na interação cotidiana. Ciente da ofensa a um bem caro e valioso para a

²⁹⁵ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 168.

²⁹⁶ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 169.

²⁹⁷ Idem, p. 169.

²⁹⁸ Na culpabilidade jurídica se dá uma distinção fundamental. A revolta da vontade individual contra o Direito pode ser uma relutância por princípio, por estado, correspondente à natureza inata ou adquirida do delinquente, ou um desvio excepcional, eventual, episódico: a luta de profissão contra a ordem jurídica e a aberração ocasional são dos dois contrastes incisivos que se observam na culpa subjetiva, e, já que determinam a gravidade do delito, a eles deve corresponder, segundo as exigências da justiça, a gravidade da pena. LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. vol. 1. Tradução José Higinio Duarte. Campinas, São Paulo: Russel Editores, 2003, p. 161.

sua existência, qualquer indivíduo pode tomar uma atitude reativa ao evento com reprovação e ressentimento. Desta reação advém uma dupla consequência: em primeiro lugar, o agente apreende o significado da atribuição de culpabilidade, pois também o autor do ilícito típico participa da experiência de desvalor que origina a atitude reativa; em segundo, abre ensejo para a atuação do juiz face ao agente, de modo imparcial e distanciado do sentimento de reprovação, o que lhe permite uma análise entre as representações do sujeito e as normas jurídicas, inclusive para verificação da existência de consciência da ilicitude²⁹⁹.

Não se quer com isso aduzir que o juiz está totalmente imune à atitude reativa de ressentimento e reprovação vivenciada pelos demais sujeitos da comunidade. Apenas quando investido na função julgadora, tem a possibilidade e o dever de se distanciar daqueles sentimentos comungados na experiência cotidiana.

Entende Augusto Silva Dias que a punição efetiva sem respaldo neste contexto de experiência dividida de dano e de ampla e difundida consciência da lesão representa uma afronta aos princípios da culpabilidade e da confiança dos cidadãos nas reações do poder punitivo. Isto porque, não sendo possível perceber a ofensa, não haverá à disposição do agente a necessária informação para a atribuição de culpabilidade. A dificuldade em se visualizar o desvalor do fato é óbice para a regular comunhão de significados e sentimento de reprovação³⁰⁰.

Desta forma, a previsão como penalmente ilícitas de certas condutas que não importam em relevante ofensa acaba por turbar a percepção dos cidadãos e a dificultar a difusão da informação indispensável para a legítima reprovação penal³⁰¹.

Ora:

[...] ao cominar com pena a prática de factos que não encontram ressonância nas representações de desvalor do mundo da vida, o Estado vai para além da capacidade de representação dos destinatários, dispensa o concurso da motivação deste para o cumprimento das normas e, desse modo, defrauda as suas expectativas acerca do punível e do não punível³⁰².

²⁹⁹ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 170-171.

³⁰⁰ Idem, p. 172.

³⁰¹ A criação destas espécies criminais tem por consequência a violação dos princípios constitucionais que deveriam ser observados na gênese dos tipos penais. Trata-se do que Eduardo Correia chama de “desentronização” do direito penal. In: CORREIA, Eduardo. CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. “Direito penal e direito de mera ordenação social”, in **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 49 (1973), p. 257 a 284.

³⁰² DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 172.

A terceira e derradeira acepção da culpabilidade reside na função dogmática do conceito e se relaciona com a efetiva imputação de um demérito pessoal. Está, desta feita, constituída por três elementos, quais sejam, imputabilidade (capacidade de culpabilidade), consciência da ilicitude e exigibilidade de um comportamento conforme à norma³⁰³. Ditos elementos fundamentam, legitimam e limitam a censura concreta, mas acabam por excluí-la quando ausentes, afastando, por consequência, a possibilidade de punição³⁰⁴.

Ocorre que a verificação da existência ou inexistência destes elementos não é uma tarefa guiada apenas por critérios positivistas ou autorreferenciais ao sistema jurídico, a exemplo da reta consciência da antijuridicidade do homem padrão *pater familias*. Ao revés, pressupõe valorações a serem realizadas pelo juiz frente à prova obtida, os critérios dogmáticos do sistema jurídico, o desvalor do fato e as circunstâncias pessoais do agente.

O regime do erro é informado pelos modos de configuração jurídica e social do ilícito típico. Neste âmbito, o dolo³⁰⁵ funciona como espécie de apelo que instrumentaliza a aquisição de consciência da ilicitude. Entretanto, em determinadas situações, algumas figuras típicas criminais não possuem em seu bojo materialidade ofensiva e exigem, por consequência, o conhecimento de proibições de natureza formal³⁰⁶.

Um erro sobre a antijuridicidade ocorre quando, tendo o dolo abrangido todos os elementos de realização da função de apelo, estão reunidas as condições necessárias para o alcance do desvalor do fato em nível penal, mas o agente não logra a apreensão do referido desvalor porque intercede (por razões imputáveis ao sujeito ou não) uma diversa valoração³⁰⁷.

Ou seja, ainda que fosse possível ao agente conhecer o desvalor penal do fato e a ilicitude da sua conduta, não logrou alcançar o significado e agiu em contrariedade ao direito. Mas não pode alegar que não haja desvalor na conduta ou que esta circunstância não lhe era alcançável.

³⁰³ Elementos verificados em figura dolosa.

³⁰⁴ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumi e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 172-173.

³⁰⁵ Segundo Muñoz Conde: “De aquí se deduce una ulterior e importante consecuencia: el conocimiento de la antijuridicidad al tener una naturaleza distinta al dolo no requiere el mismo grado de conciencia; el conocimiento de la antijuridicidad no tiene, por tanto, que ser actual, puede ser simplemente *potencial*, importando no tanto la conciencia de la antijuridicidad en el momento del hecho, como la posibilidad de haberla tenido, si se hubiere esforzado en ello el sujeto”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 34.

³⁰⁶ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumi e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 176.

³⁰⁷ Idem, pp. 176-177.

É possível visualizar uma gama de previsões típicas criminais nas quais o ilícito típico é materializado de maneira muito forte, em razão da efetiva ofensa ao bem jurídico ou pela configuração ética do comportamento. Por outro lado, há tipos penais que revestem maior grau de formalização, acessório em relação à previsão de natureza administrativa, a qual define os âmbitos de permissão e proibição da conduta³⁰⁸.

A razão desta distinção resulta da própria necessidade de se prever tipos penais para a tutela de bens jurídicos não ligados diretamente às necessidades mais básicas dos cidadãos, mas voltados a tutelar subsistemas socioeconômicos que lograram projeção em momento histórico mais recente. Parece ser um movimento complexo, porém inarredável.

No rol de tipos penais fortemente materializados, é possível encontrar a clonagem reprodutiva e produção, distribuição ou comercialização de bens impróprios para consumo do art. 432 do Anteprojeto do Código do Consumidor Português. Entre aqueles de maior grau de formalização situa-se a poluição, nos termos do art. 279 do Código Penal português³⁰⁹.

Quanto à censurabilidade do erro sobre a antijuridicidade, faz-se presente quando se conclui, por meio de um esforço de informação ou reflexão ordinariamente demandado, que o sujeito poderia ter alcançado o desvalor da conduta realizada. Embora não tivesse tido a consciência da antijuridicidade, poderia objetivamente tê-la alcançado. Assim, o erro censurável é equivalente a uma potencial consciência da antijuridicidade³¹⁰.

O recurso ao esforço de informação e reflexão, sem dúvida, possui grande relevância quando se está diante de tipos penais que encerram conteúdos éticos socialmente conhecidos e aceitos. A título de exemplo, os crimes de homicídio e roubo, os quais carregam em si uma forte carga de desvalor da conduta e são tidos, de maneira geral, como condutas proibidas, ainda que inexistisse uma formalização típica.

³⁰⁸ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumi e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 177.

³⁰⁹ Art. 279.

Poluição.

1 - Quem, em medida inadmissível:

a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades;
b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - Se a conduta referida no nº 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa.

3 - A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão de poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo.

³¹⁰ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumi e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 180.

Aceita a censurabilidade do erro³¹¹ a partir do dito esforço de informação ou reflexão a ser realizado pelo sujeito da conduta, avulta-se a importância da delimitação dos critérios de determinação desta exigibilidade. Neste passo, duas questões merecem ser descortinadas: primeiramente, as normas jurídicas de organização do setor da atividade realizada que apontam a forma como o sujeito deveria atuar na específica situação; em segundo lugar, o padrão utilizado de interação entre as normas jurídicas e a experiência do agente³¹².

Foi Welzel quem formulou a noção de cuidado objetivo para fins de delimitação do âmbito do ilícito típico imprudente, como aquele utilizado pelo homem inteligente e prudente. “Uma conduta corresponde ao cuidado objetivo se considera prudentemente os efeitos da ação planejada que sejam cognoscíveis por um juízo inteligente, ou seja, se coincide com a conduta que seguiria um homem inteligente e prudente”. E a arremata ao asseverar que “o conceito de cuidado objetivo compreende, em primeiro lugar, a consideração de todos os efeitos de uma ação que sejam previsíveis por um juízo inteligente (“objetivamente”)³¹³.

Neste passo, deve-se aduzir que o dito padrão, definidor da culpabilidade, há de considerar a situação pessoal do agente, com sua função exercida e suas particularidades, vivências e experiências. É intolerável que um juízo de imputação de responsabilidade penal esteja fundado em dados abstratos e irrealis, como a conduta reta, o homem médio³¹⁴ ou o bom pai de família.

É certo que a imputação penal, como todas as imputações, de uma maneira geral, clama por mediadores normativos, pois estabelece uma comunicação entre as normas e dos destinatários, a qual se realiza no sentido da norma para o sujeito e na via inversa,

³¹¹ A questão em apreço impulsionou o desenvolvimento de teorias extremadas, algumas tão rigorosas a demandar o prévio exame da juridicidade de cada ação humana praticada, com já decidiu o Supremo Tribunal Federal alemão, outras tão brandas a ponto de excluir a possibilidade real de informação no caso de ausência de dúvida proibição na consciência do autor. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal** – Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 307.

³¹² DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumo e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 180-181.

³¹³ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 111.

³¹⁴ Alocar, pois, para o campo dogmático a afirmação de existência de um modelo moralmente correto não é tarefa da qual é lícito à ciência penal se apropriar, motivo pelo qual a contestação do conceito de homem médio, para fins de verificação de culpabilidade do agente infrator, não deve se estabelecer na premissa basilar de comparação entre um ser do mundo concreto com um ser do mundo fictício, sob pena de subversão da dimensão individualizadora da pena e nítida afronta à pressuposição de que, certamente, não existe, no campo da sociedade atual, realmente uma sensata conduta esperada e, portanto, uma moral concessionária de validade no plano de incidência do ordinário diploma repressivo. BRAGA, Luiz Felipe Nobre. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17286/a-morte-do-hoem-medio#ixzz3TcL6ePUK>. Acesso em 06/03/2015.

descortinando elementos como as alternativas de atuação, experiência profissional, aceitação de riscos, emoções e vulnerabilidade do sujeito, no momento do recebimento da mensagem normativa³¹⁵.

Desta feita, a ausência de padrões normativos que funcionem como mediadores a cargo do aplicador da norma jurídica torna impossível realizar a dita comunicação ou o seu resultado acabará prejudicado por ausência de critérios de seleção do complexo agente/fato, fundamentais para a atribuição de responsabilidade e para estabelecer a exigência normativa ser observada em cada uma das fases desse processo³¹⁶.

Entretanto, a existência dos ditos padrões não impõe admitir o rechaço da concepção de norma como expectativa contrafática de um comportamento. Neste caso, dispensa-se a relação comunicativa entre a regra e os seus destinatários, mas não autoriza a substituição do agente da conduta, enquanto ser individualizado, por uma criação artificial do sistema jurídico, tendo em vista a ideia de aplicação da reprimenda penal³¹⁷.

Embora se espere dos sujeitos em geral um comportamento de obediência ao bem jurídico, no âmbito da culpabilidade e, portanto, da responsabilidade penal.

O agente da conduta típica e antijurídica deve ser analisado como sujeito individualizado, com seus conhecimentos e sua experiência³¹⁸, não reduzido a uma figura abstrata e formal, traçada por imperativos da lógica punitiva.

Um mero artefato do sistema jurídico-penal serve para possibilitar a responsabilização em diferentes níveis ou estágios, estabelecendo uma ligação entre o comportamento proibido, seu sujeito e as exigências da normatividade jurídico-penal. Nestes passos, o padrão assume uma função de configuração³¹⁹.

Por outro lado, se a questão analisada diz com a culpabilidade, especificamente com a censurabilidade da falta de consciência da antijuridicidade, o mediador ou padrão normativo não pode ser utilizado. Isto porque é necessário perquirir se a representação errônea do

³¹⁵ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumidor e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 181.

³¹⁶ Idem, p. 181.

³¹⁷ Idem, p. 182.

³¹⁸ A consciência moral se forma desde a infância com referência, de início, a comportamentos e situações relativas a outras pessoas e apenas posteriormente a partir de um certo nível de desenvolvimento intelectual em relação às normas jurídicas. MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 34.

³¹⁹ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumidor e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 182.

comportamento qualificado pelo desvalor se atribui ou não a uma falta ou demérito próprio do agente, considerado em sua especificidade³²⁰.

Apenas com uma análise casuística, a partir de situações reais e autores verídicos é que se pode aquilatar as razões da errônea compreensão do desvalor da conduta praticada e sancionada pelo direito penal. Diante de uma mesma situação de fato, não se pode exigir atuações idênticas de entendimento e respeito ao valor se os sujeitos são absolutamente distintos.

Afirma Dias que “o mediador normativo não pode possuir um grau de abstracção tal que impeça a apreensão da capacidade de motivação, do grau de acesso ao apelo normativo”, isto é, “do quantum de individualidade necessária à atribuição da culpa a um sujeito determinado”³²¹.

A culpabilidade visa a atribuição de responsabilidade a um determinado sujeito inserido num contexto social e, portanto, não pode se distanciar dos aspectos psicológicos dos indivíduos e suas relações com os outros integrantes da sociedade. Ocorre que esta exigência não pode chegar ao excesso de se admitir uma espécie de consciência individualizada ou atitude interna. Os limites ao alcance aos recônditos da biografia íntima estão relacionados à necessária proteção da intimidade das pessoas em Estados democráticos, bem como aos limites de conhecimento do juiz em um processo penal³²².

³²⁰ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro** (ambiente, consumidor e genética humana). Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 183.

³²¹ Idem, p. 183.

³²² Idem, p. 183.

4 CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DO ERRO DE PROIBIÇÃO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO: NECESSIDADE DE DISTINÇÃO PRÉVIA ENTRE *IN SE* E *MERE PROHIBITA*

De uma forma geral, os instrumentos de imputação penal e de culpabilidade defluem do Direito Penal nuclear e depois transbordam para o dito direito penal secundário. Parece intuitivo que as referidas estruturas dogmáticas, desenvolvidas sob o influxo iluminista e democrático, parecem adaptar-se muito melhor às espécies delituosas clássicas do que às espécies normativas integrantes do direito penal econômico.

O mesmo acontece com o dolo e a consciência da antijuridicidade, sendo este dos mais relevantes, discutidos e difíceis temas da ciência penal³²³.

Ocorre que, malgrado a multiplicidade de obras e atores que se dedicam à problemática, a relevância, a atualidade e a ausência de um consenso ao menos relativo justificam e ainda fomentam uma investigação científica e uma tese de doutorado.

De fato, nos dias atuais, uma grande quantidade de delitos suscitam a análise da consciência da ilicitude, o que revela, no âmbito do direito comparado, nítida heterogeneidade nas soluções apresentadas pelos diferentes sistemas jurídicos, desde a absoluta irrelevância até a total relevância, passando por estados de relevância ou irrelevância relativa, do problema da consciência da ilicitude para a aferição da responsabilidade penal do agente³²⁴.

De início, há de se asseverar que, ao tratar a questão da consciência da ilicitude, despontam dois vieses de análise: o formal e o material, os quais, entretanto, não podem ser confundidos.

Se é certo que a investigação do tema deve partir da análise da estrutura formal, com a discussão dos conceitos de consciência e ilicitude, não é possível tomar tais elementos como pressupostos indispensáveis da posição da questão.

³²³ “O problema que aqui se considera ganhou desde há bastante tempo direito a ser tido como um dos mais importantes e debatidos, mas simultaneamente um dos mais complexos e obscuros, de todo o direito penal. A literatura que lhe vem sendo dedicada de há muito que se tornou inabarcável. DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 1-2.

³²⁴ Idem, p. 2.

Não se deve comprometer o aspecto formal do problema como problemas posteriores do trato daquele, notadamente os conceitos mais comuns da dogmática penal, já muito discutidos, como de ação penal, tipo, dolo, posição do dolo³²⁵.

Isto é, torna-se fundamental tratar a questão formal de maneira inicial, ao menos para delimitar que a definição de ilicitude pertence ao mundo do jurídico, ao passo que o conceito de consciência é colhido pelo jurídico da neurociência³²⁶, e introjetado no âmbito do direito.

Se é possível tomar a consciência da antijuridicidade como questão de culpa (em sentido lato, a abranger também o dolo), ilicitude, tipo e ação, não se pode considerar que o problema da consciência da ilicitude se desvenda a partir da mera definição daqueles institutos, mas, antes, exige uma problematização própria³²⁷.

De fato, a conceituação de institutos correlacionados à consciência da ilicitude, malgrado seja etapa necessária para melhor compreensão da problemática, mostra-se insuficiente para desvendar todos os aspectos da questão em estudo.

Por outro lado, também não é possível restringir o problema da consciência da ilicitude a uma questão puramente dogmática³²⁸, aqui entendida no sentido que lhe empresta Cerezo Mir, qual seja:

[...] la dogmática del Derecho penal tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídicos-penales positivos y desenvolver su contenido de modo sistemático. Puede decir-se que la tarea de la dogmática del Derecho penal es la *interpretación* del Derecho penal positivo, si el término interpretación es utilizado en su acepción más amplia, que incluye la elaboración del sistema. El término

³²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 5.

³²⁶ Lecionam Christof Koch e Susan Greenfield: “a maneira como processos cerebrais se traduzem em consciência é um dos maiores desafios a ser resolvido pela ciência. Embora o método científico tenha conseguido delinear eventos que ocorreram imediatamente após o Big Bang e descobrir o maquinário bioquímico do cérebro, falha em explicar como a experiência subjetiva é criada. Como neurocientistas, ambos fizemos da resolução desse enigma a meta de nossa vida. Compartilhamos muitos pontos de vista, incluindo o importante reconhecimento de que não existe um único problema da consciência. Vários fenômenos devem ser explicados – particularmente a autoconsciência (a capacidade de examinar os próprios desejos e pensamentos), o conteúdo da consciência (de que realmente se está consciente a qualquer momento) e como processos cerebrais se relacionam à consciência ou à não-consciência. Então, por onde começa a solução? Os neurocientistas ainda não compreendem o suficiente sobre o funcionamento interno do cérebro para dizer exatamente como a consciência emerge da atividade química e elétrica dos neurônios. Assim, o primeiro passo é determinar os melhores correlatos neuronais da consciência (CNC) – a atividade cerebral que corresponde a experiências conscientes específicas. Quando você se dá conta de que está vendo um cachorro, o que aconteceu com quais neurônios do seu cérebro? Quando um sentimento de tristeza se apossa de você, o que aconteceu em seu cérebro? Estamos ambos tentando encontrar a contrapartida correlata de cada experiência consciente que uma pessoa possa ter. Disponível em http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/como_a_consciencia_se_manifesta_.html. Acesso em 13/05/15.

³²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 7.

³²⁸ Aqui entendida, numa concepção positivista-racionalista, como a ciência que tem por único objeto as normas legais do ordenamento jurídico e busca uma sistematização fechada extraída das referidas regras.

dogmática se deriva de la palabra dogma porque para el intérprete los preceptos de Derecho positivo son como un dogma al que tiene que atenerse necesariamente”³²⁹.

Embora, de fato, se trate de questão a desafιά-la, também possui um viés de teoria ou filosofia jurídico-penal. Por consequência, a investigação do problema não tem apenas uma dimensão legal, mas envolve questões metajurídicas³³⁰.

Restringir a questão da consciência da ilicitude a sua expressão dogmática³³¹ é apequená-la. Não porque a questão da análise dogmática seja pobre ou desprovida de interesse científico, mas porque é apenas uma das facetas da questão. Por outro lado, exsurtem questionamentos que transbordam a seara jurídica, até porque, consoante restou assinalado linhas atrás, ao se tratar, ainda que de forma superficial, sobre a definição de consciência, não há como desconhecer a complexidade do terreno que se campeia.

A questão da consciência da ilicitude e de erro está normalmente vinculada, e em nosso sistema a conclusão não é distinta, às considerações sobre a irrelevância do denominado erro de direito³³² e a ignorância da lei (penal)³³³.

Trata-se de conceitos que se relacionam, mas que, no âmbito da legislação brasileira, extremam-se, por receberem tratamentos jurídicos distintos quanto a seus efeitos. Em verdade, parece haver uma certa reticência da doutrina dominante em admitir que a ignorância da lei (penal ou não) é uma das circunstâncias que determinam a ocorrência do erro de direito. Ora,

³²⁹ CERESO MIR, Jose. **Derecho penal**. Parte General. Buenos Aires: B de f, 2008, p. 60. Tradução livre: “a dogmática do Direito penal tem a tarefa de conhecer o sentido dos preceitos jurídico-penais positivos e desenvolver seu conteúdo de modo sistemático. Pode-se dizer que a tarefa da dogmática do Direito Penal é a interpretação do Direito penal positivo, se o termo interpretação é utilizado em sua acepção mais ampla, que inclui a elaboração do sistema. O termo dogmática deriva da palavra dogma porque para o intérprete os preceitos de Direito positivo são como um dogma a que te que necessariamente se ater”.

³³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 8.

³³¹ Segundo Cláudio Brandão, dogmática penal é a argumentação que se realiza a partir do próprio direito penal e dos seus elementos constitutivos, ou seja, a dogmática penal é o método de estudo do direito penal. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 06.

³³² “Os penalistas, por vários séculos, vinham convivendo com a velha solução romana que tomava o fenômeno do erro e o dividia em dois tipos fundamentais – *erro facti* – *error juris* – sendo o primeiro (o erro de fato, em princípio, escusável; o segundo (o erro de direito), em princípio, inescusável (salvo raras exceções). TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

³³³ Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Art. 3. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.
Código Penal

Erro sobre a ilicitude do fato (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

parece indubitável que, ao desconhecer a lei, pode o agente equivocar-se quanto ao caráter antijurídico da conduta por ele perpetrada. A este tema se tornará mais à frente.

Neste passo, entretanto, urge fazer a necessária distinção entre a falta de consciência da ilicitude da conduta (estrita falta de consciência da ilicitude) e a falta de consciência da factualidade constitutiva de um comportamento³³⁴.

Ora, a conduta humana é uma realidade perceptível aos sentidos, que se manifesta nas modalidades de ação e omissão. No plano da lógica, o conhecimento do agente, antes de se referir ao caráter ilícito ou lícito de seu atuar, deve ter por objeto a própria conduta, que se constitui uma realidade fragmentada em elementos constitutivos.

De fato, uma coisa consiste na ausência de conhecimento de que uma determinada forma de agir é considerada antinormativa; uma outra, ao revés, toca ao próprio conhecimento de dados de fato do comportamento realizado³³⁵.

A título de exemplo, pode-se discorrer acerca do furto, capitulado no Código Penal brasileiro no artigo 155³³⁶. Antes de considerar a natureza lícita ou ilícita de sua conduta, ou

³³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 27.

³³⁵ Francisco de Assis Toledo fornece alguns exemplos: “No delito de corrupção ativa (art. 333), se o agente passivo funcionário público constitui elemento essencial do tipo O conceito de funcionário público – que é um conceito jurídico-normativo – consta da própria lei penal (art. 327). Quem oferece propina, para a prática de ato de ofício, a um empregado de entidade autárquica, ou paraestatal, supondo que essa espécie de empregado não se reveste da qualidade de funcionário público, incorre em erro de tipo. Errou sobre um elemento integrativo do tipo. Na velha concepção, tratar-se-ia de um evidente erro de direito penal. No crime de bigamia (art. 235), ser o agente ativo casado constitui elemento jurídico-normativo do tipo, definido nas leis civis. Quem, sabendo-se casado mas enganando-se sobre seu verdadeiro estado, por supor inválido o casamento anterior, casa-se civilmente de novo, antes da anulação ou do divórcio, incorre em erro sobre o estar-proibido, ou seja, erro de proibição. Na antiga doutrina, tratar-se-ia como um erro de direito extrapenal, equiparado a erro de fato. No crime de furto (art. 155), dois elementos integrativos são a coisa e a circunstância de ser alheia. O primeiro, ser coisa, é elemento fático, descritivo; o segundo, ser alheia, por envolver o conceito de propriedade, é um elemento jurídico-normativo. Quem se apodera de um cheque ao portador, seja por supor que não se trata de coisa, seja por supor que lhe pertence, incorre em erro de tipo, tanto em uma como em outra hipótese. Se, entretanto, o agente, apesar de saber que o cheque ao portador é uma coisa móvel, alheia, pertencente a quem lhe deve importância idêntica à consignada nesse documento, e, por isso mesmo, dele se apodera, sorrateiramente, supondo estar autorizado a quitar-se por esse meio, da dívida de que é credor, então o erro só pode estar recaído sobre a ilicitude do fato, configurando-se uma nítida hipótese de erro de proibição. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

³³⁶ Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

seja, antes de ter consciência da ilicitude em sentido estrito, deve o agente considerar o contexto fático de seu atuar e ter ciência dos seus elementos, como a natureza *móvel* da *coisa* subtraída. Trata-se do conhecimento dos elementos integrantes do tipo objetivo.

Ora, esta questão surge como *a priori* antes da delimitação do sentido material da consciência da antijuridicidade propriamente dita. E a razão parece ser realmente singela e lógica. Antes de se questionar sobre como o agente agiu, isto é, qual a qualidade ou atributo de sua atuação, necessário perquirir se o agente tem conhecimento de que agiu³³⁷.

E como há uma correlação lógica e sequencial entre os questionamentos acima apontados, a resposta negativa ao conhecimento do agente de que agiu impede que se avance no plano analítico e questione acerca da consciência da ilicitude como atributo da conduta não conhecida.

Historicamente, pode-se considerar que, no plano do estudo do erro de proibição e da falta de consciência da ilicitude, a primeira grande dicotomia que se lançou aos doutrinadores encontra-se na clássica e muitas vezes retomada distinção entre erro de fato e erro de direito³³⁸, para, em consequência, concluir, sem maiores delongas, que a falta de consciência da ilicitude resulta em erro de direito, o qual seria absolutamente irrelevante³³⁹.

Esta dicotomia, a par das inúmeras incongruências que serão ainda expostas, fundamenta-se na taxativa distinção entre erro de fato e de direito, como se fossem realidades absolutamente excludentes, o que não se verifica na realidade. Basta pensar no erro sobre elementos normativos do tipo que, a par de integrarem a estrutura da tipicidade, trazem a esta elementos de antijuridicidade. Nestes casos, como, mais uma vez se exemplifica com o caráter

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

³³⁷ Jorge de Figueiredo Dias cita o seguinte exemplo: se o condutor de um automóvel atropela e fere um peão, mas não o socorre porque pensa não ser juridicamente obrigado a suportar tal incômodo e prejuízo, ele comete o crime de abandono de sinistrado (art. 60., do Código da estrada), sem consciência da ilicitude. Se acontece, porém, que ao atropelar o peão o condutor não se deu conta de ter embatido num corpo humano, tendo tomado o choque como embate numa pedra ou num animal, e por isso abandonado o sinistrado, igualmente ele comete aquele crime sem consciência da ilicitude. E todavia, se a ilicitude – como quer que ela haja, em último termo, de rigorosamente compreender-se – por cuja consciência se pergunta designa antes de tudo um atributo, uma qualificação, uma qualidade ou valoração de um substrato, de uma factualidade constitutiva de um comportamento humano, sempre restará que a falta de conhecimento àquela referida deve, ao menos formalmente, cindir-se da consciência do próprio comportamento. DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 14.

³³⁸ Não se está aqui a cancelar a equivalência entre os institutos erro de direito, ignorância da lei e erro de proibição, consoante restará esclarecido, mas também não se desconhece a proximidade entre os referidos institutos, daí a necessidade de sua análise pormenorizada.

³³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 28.

alheio da coisa móvel no delito de furto, não é possível se concluir de maneira extrema de dúvida pela separação entre elementos de fato e de direito.

No século XVIII, os romanistas tomavam a regra de Paulo³⁴⁰ em sentido literal e apontavam, em quase unísono, pela absoluta irrelevância de qualquer erro de direito e nele incluíam também a falta de consciência da ilicitude em matéria penal. Desta feita, a natureza do erro – de direito, isto é, versar sobre qualificações jurídicas do mundo real – a razão de sua irrelevância, para fins de responsabilidade jurídico-penal, e, deste modo, por consequência, da falta de consciência da antijuridicidade. O agente seria responsável a título doloso desde que agisse com pleno conhecimento de todos os elementos fáticos de seu agir, não sendo ponderadas as qualificações jurídicas, os conceitos normativos ou as normas legais aplicáveis ao caso³⁴¹.

Entretanto esta postura de repúdio à exculpação pela falta de consciência da ilicitude é regra demasiadamente rigorosa e ignora questões de atributos pessoais que fundamentam a culpabilidade como medida de reprovação do sujeito.

Ocorre que Binding, em interessante crítica, entendia que, em direito penal romano, o conhecimento da norma de direito violada era pressuposto do *dolus malus*:

“[...] el error sobre el crimen también era reconocido en la *praxis* romana de modo correcto y tratado con justicia. I. Los romanos nunca albergaron la más leve de las dudas acerca de que el agente dolo malo debía poseer conciencia de la antijuridicidad de su modo de actuar, y de que la proposición jurídica a la que el *dolus* se opone no es la ley penal, sino exclusivamente la proposición jurídica generadora de deber, que bauticé como “la norma”. De hecho, la amenaza de pena se presenta con extraordinaria frecuencia como la ley penal en blanco. Primero se formula la prohibición, y después se continúa; quien la infrinja *dolo malo* deberá ser apenado. Si faltaba la conciencia de antijuridicidad, faltaba el *dolus*”³⁴².

De modo que, para fins de culpabilidade penal, seriam relevante tanto o erro de fato quanto o erro de direito, pois ambos excluiriam a imputação do agir a título de dolo. Desta

³⁴⁰ *Regula es iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti veri ignorantiam non nocere* (D. 22, 6, 9 pr.).

³⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 30.

³⁴² BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Tradução direta do alemão por Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: B de F, 2009, p. 73. Tradução livre: “O erro sobre o crime também foi reconhecido na *praxis* Romana corretamente e tratado de forma justa. I. Os romanos nunca alimentaram a mínima dúvida sobre o agente devesse possuir má consciência e intenção da ilegalidade dos seus atos, e que a proposição legal que se opõe ao dolo não é o direito penal, mas exclusivamente a proposição jurídica geradora de dever, que batizei como “a norma”. Na verdade, a ameaça de punição ocorre com frequência extraordinária como norma penal em branco. Primeiro, a proibição é formulada, e, em seguida, continua; quem a viole com má intenção de dever ser apenado. Se faltava consciência de ilegalidade, faltava o dolo.

feita, a distinção existente entre as referidas espécies de erro apenas refletiria como uma questão probatória, de direito processual, atinente à credibilidade das alegações de erro³⁴³.

Entretanto, lançado-se luzes sobre a doutrina de Binding, também é possível aduzir críticas ao seu entendimento de que a distinção entre os erros de fato e o erro de direito residiria apenas no aspecto adjetivo.

A crítica que Binding formulou às fontes jurídicas romanas, principalmente ter partido da ideia de que, no Direito Romano, a consciência de ilicitude integrava o dolo, fez com que a sua teoria não alcançasse relevante adesão entre os doutrinadores³⁴⁴.

De fato, resulta insustentável frente aos conceitos dogmáticos inferir uma distinção entre erro de fato e erro de direito calcada exclusivamente em critérios processuais. Não se está com isso a defender a tese da irrelevância do erro de direito e da relevância do erro de fato, apenas a asseverar que a solução de Binding resulta excessivamente simplista.

Entretanto, se à tese de Binding podem ser oferecidas críticas, mormente pela sua errônea interpretação das fontes romanas, ao entendimento tradicional também merecem ser lançadas severas observações. Isto porque parte da premissa de que o critério a distinguir a falta de conhecimento da ilicitude está em ela implicar em erro sobre preceitos ou qualificações jurídicas da realidade, o que implica a aceitação de um sentido positivista da norma³⁴⁵.

Ora, não é suficiente, para a definição da consciência da ilicitude e de seus efeitos, especialmente em face de sua ausência, aferrar-se a entendimentos meramente positivistas.

Atualmente, na doutrina mais embasada, duas conclusões são reconhecidas e afastam a intransigência da regra romana da irrelevância do erro de direito. A primeira aponta para a

³⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 30-31.

³⁴⁴ Idem, p. 31.

³⁴⁵ Idem, p. 32.

existência de exceções à referida irrelevância a favor das mulheres e das crianças³⁴⁶, dos soldados e dos rústicos³⁴⁷.

Trata-se, em realidade, de uma construção doutrinária que tem por efeitos práticos o reconhecimento de uma espécie de inimputabilidade que alcançaria aquelas espécies de indivíduos³⁴⁸.

E mais, consistiria em presumir a hipossuficiência de cognição e/ou de determinação daqueles sem qualquer embasamento científico subjacente. Além de ser desprovida de substrato científico, a referida exceção consagra um nítido preconceito contra os citados indivíduos, considerando-os pessoas de “segundo nível” ou “segundo escalão”, para efeitos de verificação do erro.

Ora, tais exceções teriam uma irrefreável objeção frente o entendimento da doutrina tradicional de ser a espécie jurídica do erro que suporta o princípio da irrelevância. É claro que a natureza daqueles sujeitos não tem o condão de transmutar em erro de fato o erro de direito³⁴⁹.

³⁴⁶ “*Y en los campos labrados fuimos devotos de las diosas de La fecundidad, mujeres de vastas caderas y tetas generosas, pero con el paso del tiempo ellas fueron desplazadas por los dioses machos de la guerra. Y cantamos himnos de alabanza a la gloria de los reyes, los jefes guerreros y los altos sacerdotes. Y descubrimos las palabras tuyo y mío y la tierra tuvo dueño y la mujer fue propiedad del hombre y el padre propietario de los hijos*” GALEANO, Eduardo. **Espejos: Uma historia casi universal**. Montevideo/Uruguay: Ediciones Del chanchito, 2008, p. 06. Tradução livre: “e nos campos lavrados fomos devotos das odiosas da fecundidade, mulheres de amplas cadeiras e seios generosos, mas com o passar do tempo elas foram tiradas de seus postos pelos deuses macho das guerra. E cantamos hinos de louvor à glória dos reis, dos chefes guerreiros e dos altos sacerdotes. E descobrimos as palavras teu e meu e a terra teve dono e a mulher tornou-se propriedade do homem e o pai proprietários dos filhos”.

³⁴⁷ Trata-se de um critério distintivo calcado no sujeito do comportamento.

³⁴⁸ Afirma ainda, Martins Motta, que a regra de irrelevância do erro de direito não era absoluta, havendo exceções para soldados, rústicos, mulheres e crianças, assim como não era aplicável aos crimes oriundos de necessidades oportunistas, criados com razões políticas, de forma que seria aplicável somente nos crimes de fundamento natural. MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

³⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 34.

Diferentemente, idêntico raciocínio não se aplica ao estrangeiro³⁵⁰. Ora, é concebível e até explicável que cidadãos de outros Estados não tenham pleno conhecimento das proibições penais vigentes em Estados alienígenas, sobretudo quando tais regras diferem frontalmente daquelas vigentes nos locais onde residem.

A segunda exceção é assim descrita por Jorge de Figueiredo Dias:

[...] a de que o direito penal romano, diferenciando nitidamente os <<crimina naturaliter proba>> (aqueles que tinham um fundamento <<natural>> evidente) dos crimes de <<mera organização política>> (derivados das necessidades oportunistas de organização da <<polis>>), só relativamente aos primeiros fazia valer o princípio da irrelevância do error iuris, mas já não, em regra, relativamente aos segundos, mesmo em direito justinianeu. E também aqui ninguém deixará, por certo, de convir que a espécie <<natural>> ou <<legal>> da incriminação não é susceptível de alterar a espécie <<jurídica>> do erro em que o agente tenha incorrido, por forma a deixar intocada a validade da dicotomia em análise!³⁵¹

³⁵⁰ Processo: ACR 3708 CE 0010056-77.2004.4.05.0000. Relator(a): Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira (Substituto). Julgamento: 10/11/2005. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 19/12/2005 - Página: 717 - Nº: 242 - Ano: 2005.

Ementa. PENAL. ART. 299 DO CP E ART. 125, XIII, DA LEI Nº 6.815/80. REGISTRO CIVIL DE FILHO DE OUTREM. UNIÃO ESTÁVEL. ERRO DE PROIBIÇÃO. ATIPICIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A Inicial relata que a acusada, seguindo orientação do Oficial do Registro Civil, teria declarado que o acusado suíço, natural de Sorengo, era pai biológico da sua filha, e que este último teria utilizado o registro de nascimento apócrifo para instruir o seu pedido de permanência definitiva no País.

2. É certo que existem fatos inconcussos: que o suíço não é pai biológico da menor e, mesmo assim, o declarou juntamente com a acusada (mãe biológica), perante o Oficial do Registro Civil.

3. Todavia, e é nesse particular que o caso em deslustre adquire especial distinção, ao contrário do entendimento monocrático de que nas condições em que se encontravam, eles não teriam agido com dolo, verifica-se que, na verdade, vontade existiu, mas não sabiam eles que a conduta a ser praticada era ilícita. Por duas razões.

4. A uma, porque a Acusada sequer concluiu a educação básica (cursou até a 3ª série do ensino fundamental - fls. 64), e, por ocasião de seus esclarecimentos perante a autoridade policial, demonstrou acreditar estar regularizando uma adoção. A duas, porque, inobstante o acusado ser estrangeiro, e estar submetido às leis nacionais, aqui estava, até a data do cometimento do delito, por menos de 2 anos (fls. 69), caso em que, aliado às circunstâncias de ignorância quanto aos procedimentos cabíveis por parte da sua companheira, e ao fato de que o Oficial de Registro Civil nada objetou, não poderia ter conhecimento da ilicitude do tipo de registro, até tradição do nosso país, tanto que se denomina "adoção à brasileira".

5. O caso em deslustre atrai com propriedade a aplicação do dispositivo de erro de proibição. O acusado estrangeiro, embora sujeito às leis nacionais, ao demonstrar o desejo de registrar a criança perante aquele que estava apto a lhe instruir sobre os procedimentos cabíveis (no caso, seria a adoção), sem glosa alguma por parte deste, não tinha possibilidade de aferir o caráter ilícito de sua conduta, notadamente, reinsista-se, quando sua companheira também acreditava estar praticando um ato lícito.

6. Assim, os acusados, em que pese preencherem formalmente os elementos típicos (art. 299, que o Juiz Planiçial sabiamente considerou como art. 242, ante a especialidade da falsidade), estão isentos da aplicação de pena (excludente de culpabilidade), em face do erro escusável quanto à proibição normativa do ato que estavam a praticar, nos termos do art. 21 do Código Penal.

7. Outrossim, é forçoso reconhecer que, se agiu o acusado estrangeiro com equívoco quanto à ilicitude do ato de declarar a paternidade de filho que sabia não ser seu, este erro continuou subjacente ao momento de prestar as informações perante a autoridade federal competente no procedimento de pedido de permanência no Brasil, de forma a afastar a culpabilidade também no que toca ao delito capitulado no art. 125, XIII, da Lei nº 6.815/80.

8. Apelação Criminal improvida.

³⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 34.

Ora, a observação formulada é de todo relevante, mas a consequência dela obtida não possui lógica. A distinção entre proibições ditas naturais e legais é, por certo, absolutamente importante para se analisar a natureza do erro de proibição e as consequências daí resultantes. Entretanto, não tem o condão de transmutar o erro de fato em erro de direito e vice-versa. Na verdade, esta criação artificiosa busca, em realidade, sustentar o insustentável, qual seja, a afirmação a priori da relevância do erro de fato e da irrelevância do erro de direito.

Mais especificamente, no âmbito do direito penal econômico, a grande maioria das figuras penais constituem proibições de natureza formal, sem conteúdo ético relevante. Cite-se, a título de exemplo, o artigo 69, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)³⁵².

Em realidade, parece intuitivo que o conhecimento da norma penal exemplificada não está ao alcance dos cidadãos em geral pelo simples processo de socialização secundária, qual seja, pela obtenção de conhecimentos e de funções direta ou indiretamente calcadas na divisão do trabalho³⁵³.

Ao cidadão ordinário, não exercente de funções diretamente afeitas à publicidade ou à prestação de serviços ou produtos ao consumidor parece pouco crível adquirir a consciência do sentido da proibição acima exposta, senão pela via do conhecimento formal da norma legal proibitiva.

Ora, se o desvalor não resulta do sentido intrínseco da conduta, mas é a ela impregnado como atributo do exercício legislativo, qualquer esforço de consciência resulta eficaz, pois o saber da antijuridicidade não foi transmitido pela vivência comunitária.

E como isso pode-se concluir ainda pela irrelevância absoluta do erro de direito, em qualquer situação? A resposta que se impõe é a negativa, na medida em que o cerne da análise da questão deve se despegar da natureza do erro (de fato ou de direito) e voltar-se para a vencibilidade ou invencibilidade deste erro.

Por consequência, o sentido da norma hoje aponta para considerar que o erro de direito é, a princípio, irrelevante, uma vez que, também a priori, é inescusável. Assim, bem mais do que distinguir entre os erros de fato e de direito, o objetivo da regra é regular, de maneira uniforme, o âmbito do erro escusável e o do erro inescusável e, desta forma, afirmar a vinculação entre o erro e a culpabilidade do agente. Desta forma, não é a dicotomia erro de

³⁵² Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:
Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

³⁵³ SETTON, Maria da Graça Jacinto. **A particularidade do processo de socialização contemporâneo.** Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702005000200015&script=sci_arttext. Acesso em 16/05/2015.

fato e erro de direito que embasa a delimitação do problema da consciência da antijuridicidade, mas é aquela dicotomia informada pelo princípio da culpabilidade. Não é a ontologia do erro que informa sobre sua (ir)relevância, mas a sua efetiva implicação na culpabilidade do sujeito da ação penalmente relevante³⁵⁴.

Admitido este deslocamento de perspectiva, qual seja, da natureza do erro para a sua (in)vencibilidade, abre-se caminho para a realização de uma investigação científica muito mais frutífera, alheia a conclusões a priori que ainda sobrevivem, em certo setor da doutrina, por apego a interpretações clássicas errôneas.

A evolução do conceito de erro implica no realçamento da distinção romana entre os crimes ditos naturais e os meramente legais ou civis, por meio da clara ideia de que o *error iuris naturalis* ou *quasi naturalis* seria indesculpável e o *error iuris civilis* escusaria sempre que fosse escusável, ou seja, invencível. Ademais, sob a influência do direito canônico e em conexão com a regra pauliana, tem-se o princípio de que todo erro escusável ou invencível é relevante, na medida em que excluir a culpa do agente pelo seu atuar³⁵⁵.

E não poderia ser diferente. Admitir uma teoria do erro de proibição homogênea e com idênticos resultados para crimes em si e crimes de mera proibição significa mascarar o que há de mais relevante e fundamental a embasar a sua ideia, qual seja, a noção de culpabilidade. Entendida como reprovação pessoal do sujeito que agiu de forma antijurídica, vincula um juízo de valor que se volta para o sujeito individualmente considerado, com suas próprias características e conhecimentos, assim como saberes próprios angariados no curso de sua vivência comunitária.

Há de se escusar o sujeito que aduz desconhecer a proibição de matar? A resposta é negativa, pois se trata de um conhecimento inerente ao ser social. Há de se escusar o sujeito que deixa de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade? A resposta não é pronta ou simplista, pois se faz mister valorar a escusabilidade ou inescusabilidade do equívoco como base, mais uma vez, nas características pessoais do sujeito ativo.

³⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 35.

³⁵⁵ Idem, p. 39.

Com isto se demonstra que a distinção erro de fato e erro de direito³⁵⁶ refletia uma consequência da distinção entre erro desculpável e indesculpável, mas está na relação entre o erro e a culpabilidade e não da natureza ontológica do erro a produção dos efeitos comumente atribuídos a cada um dos erros³⁵⁷.

Se a culpabilidade pressupõe o conhecimento – ainda que potencial da antijuridicidade – seu reverso, qual seja, o erro, exclui ou diminui a culpabilidade, daí porque o estudo e a compreensão do erro deve ter por substrato a culpabilidade e não a busca incessante pela verificação de seu conteúdo ontológico.

As ideias iluministas significaram um incremento das defesas dos indivíduos frente ao Poder do Estado³⁵⁸ e lançaram suas luzes notadamente sobre o direito penal e processual penal.

Na Alemanha, os reflexos destas ideias apontaram para a defesa dos indivíduos que poderiam ser sancionados ainda que agissem com reta consciência por ignorar leis muitas vezes de difícil interpretação e nem sempre reunidas em um único corpo de normas, além de sofrer os abusos legiferantes do Estado autoritário, e levaram à preservação da relevância do erro de direito e obstou a frutificação do princípio da inescusabilidade da ignorância da lei penal³⁵⁹.

Nada impede a compatibilização entre a relevância da falta de consciência da ilicitude e a irrelevância do erro de direito.

Defende Dias “que a consciência da ilicitude, cuja falta exclui o dolo, se não refere à lei ou à proibição *formalmente violadas*, mas à danosidade moral, social ou moral-social que forma *materialmente* a razão de ser da proibição³⁶⁰”.

³⁵⁶ Frente ao § 59 do Código Penal alemão, o Supremo Tribunal daquele país interpretava de maneira restrita a expressão *circunstâncias do ato*, de modo a estabelecer uma distinção entre erro de fato e erro de direito e atribuir ao primeiro o efeito da exclusão do dolo. RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuridicidad em la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 60.

³⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 40.

³⁵⁸ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, *passim*.

³⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 43.

³⁶⁰ Idem, p. 46.

Em outras palavras, o referido doutrinador, referência no estudo da matéria em Portugal, defende uma consciência do injusto como consciência ética e social³⁶¹, distinta do conhecimento da proibição formal, outorgada por lei.

Em outra obra de grande envergadura, o mesmo doutrinador acima referido expôs que:

“[...] o erro excluirá o dolo (a nível do tipo) sempre que determine uma falta do conhecimento necessário a uma correcta orientação da consciência ética do agente para o desvalor do ilícito; Por outras palavras (...) estamos perante uma deficiência da própria consciência ética do agente, que lhe não permite apreender correctamente os valores jurídico-penais e que por isso, quando censurável, revela uma atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser jurídico-penal e conforma paradigmaticamente o tipo específico da culpa dolosa”³⁶².

³⁶¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães. Processo: 253/11.9GACBT.G1. Relator: JOÃO LEE FERREIRA. Descritores: ERRO SOBRE A ILICITUDE. CARTA DE CONDUÇÃO. VEÍCULO CICLOMOTOR. ALTERAÇÃO. REGIME. LEGALIDADE. Nº do Documento: RG Data do Acórdão: 05/11/2012. Votação: UNANIMIDADE. Texto Integral: S Privacidade: 1. Meio Processual: RECURSO PENAL Decisão: JULGADO PROCEDENTE.

Sumário: I- O erro sobre a ilicitude excluirá o dolo do tipo sempre que determine uma falta do conhecimento necessário a uma correcta orientação da consciência ética do agente para o desvalor do ilícito. O erro será censurável, ou não, consoante ele próprio seja, revelador e concretizador de uma personalidade indiferente perante o bem jurídico lesado ou posto em perigo pela conduta do agente.

II) - Um homem “normal”, dotado de uma recta consciência ética e social não sentiria a obrigação de se informar periodicamente junto das autoridades rodoviárias sobre eventual alteração do regime da habilitação de condução de velocípedes com motor e de ciclomotores, tanto mais que a sua licença de condução não tinha qualquer prazo de validade.

III) - Assim, não se pode de forma alguma dizer que a falta de esclarecimento e de conhecimento da alteração dos requisitos necessários à condução daquele tipo de veículo se tenha ficado a dever a uma qualquer qualidade desvaliosa e juridico-penalmente relevante da personalidade do agente, a uma indiferença perante o bem jurídico protegido pela norma ou que seja consequência de uma omissão do cuidado exigível.

(...)

A doutrina considera a estrutura do dolo da factualidade típica, ou dolo do tipo, envolvendo necessariamente duas vertentes: o elemento intelectual ou cognoscitivo, que consiste no conhecimento pelo agente de todos os elementos ou circunstâncias que integram o tipo legal, e o elemento volitivo ou emocional, onde se inclui a vontade de adoptar a conduta, o querer adoptar a conduta, não obstante aquele conhecimento, mesmo tendo previsto o resultado criminoso como consequência necessária ou como consequência possível dessa conduta.

É assim necessário, para que o dolo se afirme, que o agente conheça e represente correctamente ou tenha consciência das circunstâncias do facto que preenche um tipo de ilícito objectivo. Com a consequência de que sempre que o agente represente erradamente, ou não represente, um qualquer dos elementos típicos objectivos, o dolo terá de ser afastado.

Na sua obra “O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal”, de 1969, o Professor Figueiredo Dias definiu o critério dos limites de não censurabilidade da falta da consciência da ilicitude, enfatizando a natureza da relação que se pode estabelecer entre o erro ou engano que se exprime no facto, e a personalidade da pessoa que erra ou se engana, escrevendo o seguinte : “ A - Se lograr comprovar-se que a falta de consciência de ilicitude ficou a dever-se, directa e imediatamente, a uma qualidade desvaliosa e juridico-penalmente relevante da personalidade do agente, aquela deverá sem mais considerar-se censurável. B. Se, pelo contrário, não se logrou tal comprovação, a falta de consciência da ilicitude deverá continuar a reputar-se censurável, salvo se se verificar a manutenção no agente, apesar daquela falta, de uma consciência ético-jurídica, fundada em uma atitude de fidelidade ou correspondência a exigências ou pontos de vista de valor juridicamente relevante. Dias, J. Figueiredo, **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**, 4ª edição, 1995, Coimbra Editora, § 17, V, maxime p. 328 a 364

³⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. 2. e. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 544/545.

Assim, o erro se resumiria a uma falha do agente que, por deficiência de sua consciência ética, não lograria alcançar e compreender os valores ético-jurídico-penais vigentes, numa espécie de busca interna - em sua própria consciência - infrutífera. Haveria, desta feita, uma presunção a priori de que os valores penalmente tutelados sempre poderiam ser alcançados pelo sujeito, independente de suas qualidades específicas ou do setor do direito penal a que se referem.

Em sentido semelhante, Taipa de Carvalho:

[...] o erro sobre a ilicitude será censurável, ou não, consoante ele próprio seja, revelador e concretizador de uma personalidade (de uma atitude ética pessoal jurídica) indiferente perante o dever-ser jurídico-penal, i.é, perante o bem jurídico lesado ou posto em perigo pela conduta do agente. Sendo revelador dessa atitude ético-pessoal de indiferença, o agente responderá por crime doloso; não o sendo (caso de condutas cuja licitude ainda não está sedimentada na consciência ético-social – o que é possível sobretudo nos direitos penais especiais ou direito penal secundário), afirmar-se-á a exclusão da culpa e, portanto não haverá responsabilidade penal³⁶³.

Ademais, haveria reprovação se esta dita deficiência de consciência ética indicasse uma postura de menoscabo ao direito, a significar desrespeito pelo sistema normativo vigente.

Em muitas oportunidades a jurisprudência alemã do RG inclinou-se pela existência de um erro relevante, quando versasse sobre a qualificação tida como ilícita da realização de um tipo penal que possui em seu âmago uma expressa referência à antijuridicidade da ação nele plasmada, muito embora se trate, em verdade, de erro de natureza jurídica³⁶⁴.

Trata-se de um artifício recorrente para encobrir o cerne da controvérsia, que reside da desculpabilidade ou indesculpabilidade do erro, e manter hígido o dogma da irrelevância do erro de direito, ainda que a custo de subverter a lógica jurídica.

Por outro lado, também se considerava na jurisprudência germânica a relevância de um erro de direito não penal, apesar de também se relacionar, como o erro de direito penal, com as qualificações jurídicas de situações de fato, o que também importa em ser um erro de direito. Ademais, em se tratando de lei penal em branco, ainda que se tivesse novamente um erro de direito, impor-se-ia a sua relevância³⁶⁵.

³⁶³ CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito Penal**. Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 480/486.

³⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 50.

³⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. 2. e. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 50.

Entretanto, as críticas que se dirigem a ditas exceções não as desconhecem como boas e iluminadas de acordo com o princípio da culpabilidade e com as exigências prática de justiça nos casos concretos.

Na verdade, as referidas críticas não são em realidade dirigidas às soluções obtidas, mas à legitimidade de colocar seu embasamento na dicotomia erro de fato/erro de direito, como aquela que se posiciona sobre os elementos de fato perceptíveis pelos sentidos e, por outro lado, sobre a qualificação dos aludidos elementos fáticos³⁶⁶.

Mais grave e anticientífico ainda é buscar uma distinção, dentro do próprio erro de direito, para admitir somente o erro de direito extrapenal, como se tal tarefa fosse possível e tivesse substrato lógico defensável. Existe um critério seguro para tal distinção? A resposta que se impõe é a negativa. A título de exemplo, volta-se novamente a tratar do furto. O erro sobre o caráter alheio da coisa subtraída com ânimo de assenhoreamento é erro de direito penal ou de direito extrapenal? A relevância do dito erro está jungida à primeira resposta ou ao caráter vencível ou invencível do erro?

Nos países latinos, estabeleceu-se como intocável no direito moderno a máxima *ignoranti legis neminem excusat*, com reconhecimento na maioria das codificações do século XIX³⁶⁷.

Na realidade, o conhecimento da lei vigente, não só da lei penal, é uma presunção indispensável para a manutenção da higidez do ordenamento jurídico³⁶⁸. É presunção porque o sistema de publicidade utilizado para dar conhecimento às normas criadas não atinge, de fato, todos os cidadãos. Excluídos os casos mais claros dos iletrados, mesmo as pessoas que possuem razoável formação acadêmica não se prestam, de ordinário, à leitura diária e compilação de diários oficiais. E mais, é também indispensável sob pena de o sistema jurídico ver-se esvaído de seu caráter cogente e obrigatório.

Em que pese a proximidade e a afinidade entre os temas, não se confundem os problemas da irrelevância do desconhecimento da lei penal e da irrelevância do erro de direito, salvo se se proceder uma aproximação rasa e acrítica³⁶⁹.

³⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 52.

³⁶⁷ Idem, p. 53.

³⁶⁸ Para Córdoba Roda, a respeito da natureza jurídica da inescusabilidade do conhecimento da lei, a doutrina indica três critérios distintos: presunção, expressão do caráter obrigatório da lei penal; exigência de caráter político, social ou processual. RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 60.

³⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 53.

Em primeiro plano, a irrelevância do não conhecimento da lei não é exclusividade do direito penal, mas máxima apregoada indistintamente nos diferentes ramos jurídicos. Ademais, o conceito de erro de direito não é sinônimo de erro sobre ou a respeito da lei, sendo o primeiro, por certo, muito mais amplo e abrangente que o segundo.

Com efeito, a aceitação da absoluta identidade entre as questões somente foi levada a cabo em momentos históricos nos quais o pensamento jurídico foi conduzido pelo dogma do positivismo legalista, na medida em que se aceitava a identificação do direito com a lei³⁷⁰.

O primeiro fundamento a embasar o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal reside na presunção de seu conhecimento. A presunção pode se estabelecer, a princípio, com mero viés processual, atrelado ao instituto da prova, mas em geral apresenta-se com real natureza material ou substancial³⁷¹.

Do ponto de vista processual, a presunção pode se apresentar como absoluta ou relativa. Na primeira, inadmite prova em contrário, ou seja, ainda que seja possível provar, na hipótese concreta, o efetivo desconhecimento, tal comprovação não possui qualquer relevância. Ao revés, a presunção relativa é aquela que admite prova em contrário, ou seja, a comprovação, pelos meios de prova existentes e válidos em direito, que o fato sobre o qual se discute ocorreu ou não.

Admitir a absoluta irrelevância do desconhecimento da lei como uma regra de direito adjetivo que traduz uma presunção absoluta de conhecimento da norma penal representa uma contradição com outros elementos do sistema processual que admitem a validade de presunções probatórias³⁷².

De fato, mesmo no direito penal, admitem-se algumas presunções, sendo a mais relevante a presunção de inocência ou princípio de não-culpabilidade, com envergadura constitucional (CF, art. 5º, LVII³⁷³).

³⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 54.

³⁷¹ *Idem*, p. 55.

³⁷² *Idem*, p. 55.

³⁷³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Por outro lado, a consideração do referido princípio como uma norma de direito material, com viés de delimitação, à descortinação dos problemas efetivos da culpabilidade e do erro, não traz maiores luzes à solução da problemática³⁷⁴.

De fato, melhor sorte não reside na busca da fundamentação do princípio da irrelevância da ignorância da lei na normalidade do acontecimento segundo os dados do que ocorre empiricamente na sociedade. Ora, a pluralidade de legislações, o caráter notadamente técnico da lei e as dificuldades encontradas na interpretação e aplicação torna bastante difícil definir hodiernamente que se reputa como conhecimento da lei. De modo que a tese da presunção absoluta, sem fundamento em outros elementos, acaba por se revelar ficcional³⁷⁵.

A pluralidade de circunstâncias culturais e a ampla variedade de normas vigentes nos diferentes países impede que se crie ou referende um *standard* do que se concebe como conhecimento da norma legal, em termos de intensidade e amplitude.

De modo que, para que possa resistir às críticas, a referida presunção da irrelevância do desconhecimento da lei exige uma razão de fora, com a qual seja conexa e que a fundamente. Entretanto, desta forma, o princípio perde bastante de sua rigidez e indiscutibilidade, na medida que somente se afirmará até os limites ditados por seu fundamento material. Assim, pode-se falar aqui em uma presunção relativa de conhecimento da lei, na medida em que, do ponto de vista processual, admite prova em contrário e, do ponto de vista substantivo, apresenta o princípio limitações³⁷⁶.

Parece intuitivo que, no bojo de um direito penal de culpabilidade e de raiz iluminista, seria inadmissível que o referido adágio encerrasse uma presunção absoluta e desprovida de limitações.

Ocorre que não são admitidas hipóteses de presunção de culpabilidade, de modo que não se pode necessariamente inferir do desconhecimento da norma um comportamento culposos³⁷⁷.

Em outras palavras, o princípio encerra uma obrigação geral de conhecimento das normas jurídicas e, por conseguinte, a responsabilização individual pelo descumprimento da obrigação. Assim sendo, está diretamente conectado, no plano teórico, com a concreta reprovação do agente pelo seu comportamento; no plano prático, oferece balizas para a

³⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 56.

³⁷⁵ Idem, p. 57.

³⁷⁶ Idem, p. 57.

³⁷⁷ RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 59.

decisão de casos reais. Com esta roupagem, o princípio se despe de caráter abstrato e absoluto e acaba condicionado pela real possibilidade de o agente conhecer a norma, isto é, cumprir a obrigação³⁷⁸.

É, de fato, esta real possibilidade de o agente conhecer a norma – e por consequência, orientar-se de acordo com o seu sentido – que constitui o ponto nevrálgico da presente discussão.

Admitir o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal como reforço da obrigatoriedade das normas objetivas, independente do efetivo conhecimento ou desconhecimento do sujeito em si considerado e da vontade efetiva dos destinatários, significa que ele não oferece qualquer critério normativo para a solução de questões relativas à culpabilidade, ao erro e à falta de consciência da antijuridicidade³⁷⁹.

De fato, entender o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal como uma obrigatoriedade ditada indistintamente aos sujeitos por critérios de garantia da segurança resulta em afastá-lo do fundamento da culpabilidade, na medida em que esta exige análise individuada da conduta e da vontade do agente.

Entretanto, historicamente, o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal sempre foi tratado em paralelo com as questões do erro de direito e da falta de consciência da ilicitude, o que, repita-se, resulta equivocado³⁸⁰.

Como assevera Jorge de Figueiredo Dias ao tratar sobre a irrelevância do desconhecimento da lei, “um princípio unicamente atinente aos fundamentos da validade do direito (ou da lei) se transformou, indevidamente, em princípio normativo para a culpa e para a falta de consciência da antijuridicidade³⁸¹”.

Seria assim, um mero reforço obrigacional de observância da norma, desprovido de ulterior função e validade e absolutamente desconectado com a noção de reprovação pessoal do sujeito por ter agido de forma contrária do Direito (aqui entendido não só como lei!).

³⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 58.

³⁷⁹ Idem, p. 58

³⁸⁰ Adverte Córdoba Roda, ao invocar o art. 47, § 2., do Código Penal espanhol, que é equivocado atribuir à questão da relevância do erro a sua classificação binária: de fato ou de direito. Ocorre que a relevância se encontra no fato de que o elemento psíquico do delito ou da causa de agravação mostra-se incompleto. RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962, p. 30.

³⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 64.

Trata-se aqui de coisas distintas. O referido princípio não decide sobre a relevância, o tipo de relevância ou sobre a falta de consciência da ilicitude porque diz respeito a uma questão objetiva, qual seja, obrigatoriedade abstrata da norma e fundamento de validade da lei. A falta de consciência da ilicitude não influi sobre os efeitos objetivos da lei, ao passo que a validade geral da norma não implica em desconsiderar, em um caso concreto, a relevância, para fins de censurabilidade, da falta de consciência da ilicitude. Ainda que a falta de consciência da antijuridicidade advenha, na hipótese concreta, do desconhecimento da lei penal, o que reverbera da questão da culpabilidade não atinge o fundamento de validade da lei desconhecida³⁸².

Atualmente, a doutrina superou a distinção entre erro de fato e erro de direito e a fez substituir por erro de tipo e erro de proibição³⁸³, embora não se tratem de dicotomias sinônimas.

De fato, não houve uma mera alteração terminológica, mas uma evolução dogmática de grande relevo que trouxe a lume aspectos de notável relevância em matéria de culpabilidade.

Foi o pensamento alemão do século XX que impulsionou a mudança de tratamento conferido à distinção do erro, que haveria de se ligar à sua orientação (objeto sobre o qual versa ou fundamento), e não à sua ontologia ou espécie intrínseca³⁸⁴.

Surgem, deste feita, o erro de tipo e o erro de proibição em superação aos vetustos erro de fato e erro de direito.

De fato, esta conclusão pode ser inferida da própria redação do § 59, I do Código Penal alemão³⁸⁵, porque, ao se referir ao tipo, não está a tratar de circunstância de fato, as

³⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora p. 65.

³⁸³ Não deixa de haver quem afirme ser já com este sentido que a velha regra pauliana sempre valeu: ela só pretendia traduzir a distinção entre o erro que recai sobre os *elementos singulares* constitutivos do comportamento e o que incide sobre o significado jurídico do comportamento *como um todo*, pois que só em relação a este último, fundado no desconhecimento das <<regras gerais do actuar humano>> se poderia afirmar a regra da indesculpabilidade e da conseqüente irrelevância. Idem, p. 64.

³⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 66.

³⁸⁵ § 59. *Presupuestos de la amonestación con reserva de penal*
 (1) *Si alguien incurre en pena de multa hasta 180 días de importes diarios, entonces el tribunal puede amonstarle accesoriamente al fallo condenatorio, determinar la pena y reservar la condena para esa pena, cuando:*
 1. *sea de esperar que el autor se abstenga en el futuro de cometer hechos punibles aun sin condena a pena.*
 2. *una valoración en conjunto del hecho y de la personalidad del autor demuestran especiales circunstancias según las cuales es procedente que a él se le pueda eximir de la condena a pena; y,*
 3. *La defensa del ordenamiento jurídico no exija la condena a pena.*

circunstâncias de fato que se referem ao tipo. Assim, não se estava a discutir a dicotomia erro de fato e erro de direito³⁸⁶, mas a contraposição do erro sobre o comportamento típico, nos seus elementos fáticos e jurídicos, ao erro sobre a natureza proibida do tipo perpetrado³⁸⁷.

Isto é, composto o tipo por uma série de elementos de diversas naturezas, o erro sobre um ou vários daquele representa um erro de tipo, embora não necessariamente um erro sobre uma circunstância fática. Por outro lado, o tipo é impregnado pela nota da antijuridicidade, da proibição conferida pelo ordenamento jurídico, de forma que o erro sobre esta incidente importa em erro de proibição³⁸⁸.

A irrelevância do erro de direito em razão de sua indesculpabilidade foi desenvolvida na doutrina quando se tratava dos chamados *crimina naturaliter proba*, isto é, quando o erro versava sobre regras de moralidade ou religião, em outras palavras, sobre direito natural, as quais residiriam na consciência dos homens, por serem de fácil conhecimento a todos³⁸⁹.

Desta forma, bastaria ao sujeito uma mera reflexão ou esforço de consciência para alcançar o conhecimento da antijuridicidade por ele já introjetado pelo conhecimento auferido pela vivência comunitária, independentemente da natureza formal da proibição.

Por consequência, a falta de conhecimento da ilicitude seria irrelevante, posto indesculpável, quando das normas penais de incriminação apresentassem nítido conteúdo ético, informado por concepções religiosas ou morais. Assim, os comportamentos vedados estariam estampadas nas consciências dos indivíduos, em suas consciências éticas³⁹⁰.

Ora, desta forma, não conhecer a ilicitude, podendo fazê-lo por esforço e conhecimento próprio representaria nítida postura de hostilidade ou menoscabo ao direito.

Afirma Dias:

EI § 56 inciso primero segunda frase rige en lo correspondiente. Disponível em http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf. Acesso em 17/05/2015.

³⁸⁶ Afirma Assis Toledo: “Os que incorrem nessas falhas de conceituação ou não desejam contribuir para o desenvolvimento da moderna teoria do erro, tratando-a de forma superficial a vol d’oiseau, ou não conseguiram ainda desvincular-se de dogmas e aporias do passado”. TOLEDO, Francisco de Assis. **Erro de Tipo e Erro de Proibição no Projeto de Reforma Penal**. RT, 578/295

³⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 67.

³⁸⁸ Erro sobre a ilicitude do fato

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

³⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 105.

³⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 105.

“[...] se – e é nesta precisa medida que a tese aqui nos interessa – a norma de comportamento está inapagavelmente inscrita na consciência-ética de cada um e os conteúdos jurídico-penalmente ilícitos se apresentam sem mais como evidentes à consciência-intencional do agente, também uma verdadeira falta de consciência da ilicitude ou há-de ser complementemente impossível, ou, quando excepcionalmente se dê, há-de ser imediatamente censurável e culposa, *seja qual for o conteúdo material que à culpa jurídico-penal se impute, i. é, como quer que ela materialmente se conceba*”³⁹¹.

Em sua *Ética a Nicômaco*, Aristóteles distinguiu entre o erro sobre as regras gerais da moralidade ou *universalia*, quais seja, aquelas normas que deveriam ser conhecidas por todos, na medida em que eram de fácil conhecimento, o qual seria irrelevante, posto indesculpável, do erro sobre os *singularia*, releváveis e desculpáveis, assim como separou o direito natural e o direito legal ou positivo³⁹².

A questão do recurso ao direito natural é bastante tormentosa, muito embora o raciocínio aristotélico apresente a notável genialidade de admitir que o tratamento do erro não admite uma solução única, mas depende da natureza dos delitos sobre o qual incide. A desculpabilidade ou indesculpabilidade do erro está relacionada diretamente ao conteúdo material das proibições criminais.

A doutrina aristotélica oferecia pleno fundamento para o princípio romano da irrelevância do erro de direito quanto a crimes naturais e logo foi abraçada pela doutrina cristã, de acordo com o novo direito natural, qual seja, a palavra de São Paulo sobre a Lei de Deus – escrita no coração dos homens e que dá testemunho a sua própria consciência e os pensamentos internos que acusam, se praticarem o mal, ou também os defendem, se for praticado o bem³⁹³.

Embora com fundamento distinto, a doutrina cristã passou a adotar conclusões semelhantes às aristotélicas a respeito da necessidade imperiosa de se encontrar o cerne da desculpabilidade ou indesculpabilidade do erro a partir da natureza do conteúdo da incriminação.

Após o advento da Reforma, entretanto, a questão torna-se ainda mais tormentosa e a relativa unanimidade de ideia se perde em definitivo³⁹⁴.

³⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 105, p. 105.

³⁹² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Valhandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. v. 4. In: **Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1973.

³⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 107.

³⁹⁴ Idem, p. 110.

Por um lado, uma corrente passa advogar a tese de que toda ignorância invencível é desculpável e pode se referir a qualquer preceito de direito natural e também quanto a um preceito de direito legal³⁹⁵.

Assim, para os defensores deste entendimento, a natureza ontológica do preceito – seja de direito natural ou direito legal – mostra-se indiferente, na medida em que o que de fato importaria seria a invencibilidade do erro e, por consequência, a sua escusabilidade.

Por outro lado, uma corrente distinta mantém-se atrelada ao pensamento aristotélico e cristão ao não admitir exceções à regra de que a lei natural não pode ser ignorada de forma desculpável. Com isso, atribui-se o caráter culposo ao erro e a irrelevância de ele tratar sobre preceitos de direito natural ou lei moral e, portanto, aqueles que estão na própria consciência ética e, por conseguinte, todo homem deve conhecer³⁹⁶.

Esta corrente aproxima-se do entendimento já tratado por Figueiredo Dias no sentido de que a consciência da ilicitude é uma consciência ético-social.

Vê-se, desta feita, que as duas teses, ao passo que contrapostas, apresentam um ponto de sensível aproximação: a questão da cognoscibilidade do direito natural e natureza inata e evidente dos seus conteúdos³⁹⁷.

E mais, o que se discute é a invencibilidade e desculpabilidade do erro sobre as normas de direito natural, havendo divergência sobre a possibilidade de existir um erro desta natureza não culposo. Ao revés, quando se trata de um preceito de direito legal, admitem a possibilidade de sua escusabilidade³⁹⁸. A depender, por óbvio, da análise das circunstâncias do caso concreto.

A tese da irrelevância do direito natural esteve e ainda está fortemente vinculada ao pensamento teológico e filosófico, da mesma forma que permaneceu a fundamental identidade entre as proibições jurídico-naturais primárias e aquelas que quase sempre constituíram o núcleo das incriminações jurídico-penais. Por consequência, aportou também no direito penal a tese da natureza inata e evidente de conteúdos jurídico-penalmente vedados e de, com tal fundamento, a afirmação da culpabilidade e a irrelevância da falta de consciência da ilicitude³⁹⁹.

³⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 107, p. 110

³⁹⁶ Idem, p. 111

³⁹⁷ Idem, p. 112

³⁹⁸ O que, repise-se, não está correlacionada com a regra da presunção do conhecimento da norma penal

³⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 115.

Seria mesmo intuitivo que o princípio da irrelevância do direito natural⁴⁰⁰ iria informar o direito penal se este sempre colheu nas proibições morais e religiosas o objeto de suas vedações. Ora considerando tais conteúdos inatos e por todos conhecidos, também parece natural que se transpusesse à seara penal a irrelevância da falta de consciência da antijuridicidade.

Independentemente da tese adotada quanto ao conceito de direito natural, o problema do erro, mesmo aquele relativo ao direito natural, somente pode ser equacionado através do conteúdo material da culpa nele revelado. Aliás, é esta vinculação da tese da irrelevância do erro de direito natural com a acepção material de culpa que esclarece como tal tese pode coexistir, mesmo que calcada no caráter inato e evidente dos conteúdos jurídicos respectivos, com a ideologia positivista⁴⁰¹.

Ocorre que esta ideologia positivista entende que toda proibição advém da vontade do Estado, que pode constituir qualquer ilícito, e ignora qualquer fundamentação e legitimação ética ou natural do direito⁴⁰².

Entretanto, insere-se na ideologia positivista uma verdadeira contradição lógica. Se, por um lado, abre mão de forma consciente a uma legitimação e fundamentação do direito para além da lei como produto da vontade estatal, pode admitir, no plano dos efeitos, o aspecto natural de certos conteúdos jurídicos que plasma na norma legal, com seus consequentes inatismo e evidência. Ora, se tal tese sobreviveu mesmo num período de negação da fundamentação natural de conteúdos positivados se dá mais ao fato de estar embasada em um conceito material de culpabilidade do que a qualquer específico entendimento sobre o direito natural e sua possibilidade de conhecimento⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Para Tércio Sampaio Ferraz Jr, a distinção entre Direito Natural e Direito Positivo perdeu força paulatinamente. Aduz que “sua importância mantém-se mais nas discussões sobre a política jurídica, na defesa dos direitos fundamentais do homem, como meio de argumentação contra a ingerência avassaladora do Estado na vida privada ou como freio às diferentes formas de totalitarismo. Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Esta promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas postas na Constituição, de algum modo ‘positivou-o’. E, depois, a proliferação dos direitos fundamentais, a princípio, conjunto de supremos direitos individuais e, posteriormente, de direitos sociais, políticos, econômicos aos quais se acrescem hoje direitos ecológicos, direitos especiais das crianças, das mulheres etc. provocou, progressivamente, a sua trivialização”. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo. Editora Atlas. 1993, p. 161.

⁴⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 116.

⁴⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 116.

⁴⁰³ Idem, p. 117.

Quando a ideologia positivista alcançou seu máximo desenvolvimento, a tese da legitimação ou fundamentação natural do direito restou desacreditada e, por consequência, passou-se a entender pela inexistência de inata evidência ou possibilidade de conhecimento de qualquer conteúdo normativo vinculante, na medida em que não se originava de qualquer fonte da natureza, mas sim do poder do Estado⁴⁰⁴.

E complementa Jorge de Figueiredo Dias sobre a tese da relevância da falta da consciência da ilicitude:

“A isto acresce de resto, no plano da realidade, imediata, uma outra circunstância do maior relevo. É que, mesmo quem conservasse a crença numa fundamentação ideal do direito ou em qualquer direito natural, tinha agora de reconhecer que, com o advento do positivismo jurídico (em parte por obra do seu próprio legalismo, em outra parte pela súbita complexidade de que se viam revestidas as relações da vida numa sociedade industrial e pluralista), o âmbito do direito penal se vira invadido por uma multidão de incriminações sem um claro ou mesmo sem nenhum fundamento ético ou <<natural>> e relativamente às quais se não poderia de nenhum modo avançar o inatismo, a evidência ou sequer a facilidade de seu conhecimento. Como quer, pois, que o positivismo se tenha efectivamente comportado perante o problema da falta de consciência da ilicitude, a verdade é que, à luz da temática do erro sobre o direito natural, a lógica nele implícita e as suas manifestações exteriores conduziam prevalentemente à tese da relevância”⁴⁰⁵.

Desde os idos de 1945, principalmente, retomou-se o movimento antipositivista, com o viés de retorno ao um direito natural. Ademais, recentemente também desenvolveu-se uma busca de eticização do direito penal, a fim de que o legislador se limitasse a intervir, na criação de tipos penais, nas hipóteses das mais relevantes lesões de bens jurídicos comunitários, referidos ao livre desenvolvimento da personalidade moral do ser humano, ocorrendo de novo a associação entre o cerne das proibições jurídico-penais e os preceitos primários do jusnaturalismo idealista. Deste retorno ao direito natural reafirma-se a tese da impossibilidade de erros não culposos a respeito do direito natural e da irrelevância da falta de consciência da antijuridicidade⁴⁰⁶.

Ocorre que esta dita eticização, embora com respaldo no direito penal de justiça, peca em seus efeitos no que atine aos tipos penais de mera proibição. Diferentemente deve ser a compreensão da falta de consciência da antijuridicidade quanto aos crimes artificiais.

Como assevera Muñoz Conde, quando se trata dos delitos artificiais, sobretudo os crimes fiscais, nos quais a atuação negligente do agente que descumpre, por exemplo, seus

⁴⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 107, p. 118.

⁴⁰⁵ Idem, p. 118.

⁴⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 119.

deveres tributários e atua com erro vencível, está a merecer uma maior compreensão, que pode levar mesmo à impunidade de seu comportamento culposo. Malgrado esta conclusão de direito penal, não se esquivará das sanções de natureza administrativa⁴⁰⁷.

Em realidade, o dito retorno ao direito natural reforça a crença numa validade e fundamentação do direito para além da mera decisão legislativa do Estado. Afirma ainda a descoberta de princípios aplicáveis a situações novas e para as quais os princípios tradicionais já conhecidos não oferecem alternativas viáveis de decisão⁴⁰⁸.

Entretanto, para fins de direito penal, apenas após a previsão legal é que a proibição passa a ser criminosa. Se restar plasmado na norma um conteúdo ético socialmente reconhecido, está-se diante do direito penal nuclear.

Foi com base neste núcleo penal que, no curso da história se apresenta como *standard* de referência, é que se consolidaram as teorias da teoria geral do delito. Não por acaso, para Munõz Conde, o quase consenso em torno da relevância do erro naqueles tipos que tradicionalmente perfazem o núcleo do direito penal, quais sejam, homicídio, lesões corporais, roubos etc⁴⁰⁹.

Por outro lado, o desenvolvimento da doutrina do direito natural deixou de considerá-lo como um conjunto de princípios abstratos e gerais aplicáveis, de forma padronizada, a qualquer hipótese concreta para ele mesmo introduzir-se e realizar-se na situação analisada. Ora, o agir que respeita ou desrespeita o direito natural não é mera implementação prática de uma norma abstrata e geral, mas, principalmente, uma opção realizada por uma pessoa entre o jurídico e o antijurídico em uma dada situação. Por consequência, a problemática da consciência da ilicitude não é sinônimo da questão do conhecimento ou desconhecimento da lei que indica a decisão correta ao caso vertente. Ainda que o referido princípio se aplique à situação, uma coisa é o próprio conhecimento da norma, outra é a consciência da licitude de uma decisão específica⁴¹⁰.

Por consequência, no trato da questão da falta de consciência da ilicitude, não há confundi-la com o erro de direito natural como desconhecimento dos princípios básicos da juridicidade ou moralidade, na medida em que:

⁴⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 76.

⁴⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 120.

⁴⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 90.

⁴¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 123

[...] no trânsito dos princípios gerais de direito natural, porventura inatos e evidentes, à decisão jurídica no âmbito do particular e do contingente inscreve-se abertamente a possibilidade, tantas vezes inevitável, de erro sobre o sentido jurídico da conduta; o que em último termo é só a consequência irrenunciável da própria historicidade da existência humana concreta⁴¹¹.

Desta forma, tendo em vista as considerações precedentes, são possíveis erros inevitáveis sobre a antijuridicidade do agir, ainda que se trate de normas relativas a princípios de direito natural clássico⁴¹².

Ocorre que, para a consideração da relevância da consciência da ilicitude para a punição do agente, necessário um contexto de concepção imperativista do direito. Apenas quando a forma originária da norma penal consistir em uma ordenação, seja ela impositiva ou proibitiva, é que se pode entender a culpa como desobediência ao comando de direito⁴¹³.

Diferentemente ocorre quando o comportamento é proibido por ser ilícito, na medida em que não se tem como norma originária um imperativo, mas uma norma que atribui aos comportamentos o valor de injusto ou antissocial. Neste caso, para um entendimento calcado nesta forma originária da norma, torna-se despicienda uma consciência da ilicitude. Desta feita, haveria uma necessária associação entre relevância do conhecimento da antijuridicidade e imperativismo e irrelevância deste conhecer e não-imperativismo⁴¹⁴.

De fato, com base em um conceito material de culpabilidade, faz-se indispensável, para a sanção penal, a consciência da ilicitude do agente, pouco importando a problemática da forma originária da norma.

Contra esta tese aduz-se que o ilícito se situa antes da vedação, de modo que a consciência da ilicitude se mostra sempre relevante. A questão não estaria no imperativismo ou não-imperativismo, mas na necessidade de culpabilidade como pressuposto necessário da punição do agente⁴¹⁵.

De fato, a culpabilidade é pressuposto da punibilidade e, pouco importando a dicção da norma penal, seja valoração, seja determinação, deve se fazer presente como pressuposto da punibilidade.

⁴¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 124.

⁴¹² Idem, p. 124.

⁴¹³ Idem, pp. 125-126.

⁴¹⁴ Por todos, Radbruch. **Filosofia do Direito I**, 127 e ss.

⁴¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 127.

A controvérsia torna-se ainda mais reduzida quando se vislumbra que os momentos de valoração e determinação são sempre prévios em qualquer ordem jurídica e de qualquer norma jurídica. A distinção reside na tese dos imperativistas de que toda norma, para ser jurídica, precisa ser imperativa, ao passo que para os não-imperativistas, a norma jurídica pode revestir-se de pura norma de valoração⁴¹⁶.

Sob uma certa análise, ligada ao imperativismo subjetivista, o imperativo volta-se, de forma subjetiva, imediatamente, a uma determinada motivação do agente. Desta feita, a norma seria um comando endereçado aos destinatários para que eles se deixassem motivar pelo dito comando. Assim, existira uma efetiva comunicação entre o emissor e o receptor. No caso concreto, se a comunicação não se realizou pela impossibilidade do receptor (loucos, anestesiados, sujeitos que ignoram o comando), é impossível afirmar que o agente se não deixou motivar pela norma⁴¹⁷.

Percebe-se que esta é uma interpretação bastante subjetivista, porque faz depender a solução da controvérsia da motivação pela norma à capacidade de comunicação e, mais especificamente, de entendimento e captação do receptor.

Entretanto, a capacidade de compreensão é indispensável para uma teoria da culpabilidade pessoal, que se assenta na reprovação do sujeito individualmente considerado⁴¹⁸.

Ocorre que esta posição extremamente subjetivista traz consequências que não podem ser aceitas, posto não se compatibilizarem com a ideia de culpabilidade, já que esta somente poderia importar em desaprovação dos comportamentos que indicassem uma consciente desobediência da norma, isto é, quando impregnados de dolo. Ao revés, havendo qualquer solução de continuidade entre o imperativo e a consciência do agente, ainda que seja absolutamente censurável, não haveria qualquer responsabilidade criminal do agente⁴¹⁹.

⁴¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 107, p. 129.

⁴¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 131.

⁴¹⁸ De fato, “a valoração paralela do autor, acerca da consciência da antijuridicidade na esfera do profano, significa uma apreciação mesma com relação aos pensamentos da pessoa individual e no ambiente do autor, que marche na mesma direção e sentido da valoração legal judicial”. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 216.

⁴¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 131.

Trata-se de um efeito prático tão absurdo no âmbito do direito penal, condicionar a culpabilidade à desobediência consciente e voluntária da norma, que não pode ter maiores repercussões.

Em uma análise menos extrema, pode-se conceber como destinatários da norma todos aqueles concretamente influenciados pelo comando e ainda os que poderiam por ela se deixar motivar, isto é, tinham capacidade de serem motivados. Assim, somente restaria excluída a culpabilidade (e a reprovação) daqueles que, no momento de agir, não poderiam conhecer o imperativo ou não teriam capacidade de conhecê-lo⁴²⁰.

Entretanto, esta teoria também não pode ser aceita sem reparos e ponderações. É fato inconteste que o ordenamento jurídico prevê obrigações para os inimputáveis, ou seja, aqueles que não possuem capacidade de conhecimento do imperativo. E pela mesma razão as obrigações se estendem também aos imputáveis aos quais a norma não é cognoscível, na medida em que a norma que fundamenta tais deveres é uma norma de licitude, dirigida a todos, mesmo àqueles que dela não podem conhecer⁴²¹.

É absolutamente inadmissível que uma norma que define as fronteiras do lícito e do ilícito seja direcionada a agentes específicos, porque a licitude independe do agente em si considerado⁴²² e não se confunde com a culpabilidade, que é a reprovação pessoal dirigida a um agente que poderia ter agido conforme o direito, mas agiu de maneira contrária a ele.

E mais, a crítica ainda se funda na noção de imperativo enquanto comando superior que obriga o inferior. Assim, só haveria legitimidade de uma vontade endereçada a comportamentos humanos, oriundo de agente capaz de realizar esta ordem. Este, por outro lado, intenta que todos respeitem a ordem, mesmo aqueles que não a conhecem, até mesmo porque o comando se volta ao atuar exterior do sujeito e não à sua motivação. Somente o superior ordenante é que poderá definir os próprios destinatários do comando, tendo em vista aspectos relacionados ao seu conteúdo. Quando não o faça, isto é, quando não circunscreva o rol dos alcançáveis, a ordem destina-se a todos, sem particular restrição⁴²³.

⁴²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 107 p. 132.

⁴²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 133.

⁴²² De fato, o conhecimento da antijuridicidade como elemento do crime e pressuposto da penal, assim como sua eficácia de exculpação ou atenuação do erro sobre aquela é uma máxima de aplicação universal e indiscutível, nos aspectos prático e técnico. MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 24.

⁴²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 133.

Assim, são todos os sujeitos destinatários das normas penais, ainda que por razões pessoais e específicas não lhe possa ser censurada a conduta ilícita por falta de consciência da ilicitude.

Da ideia de culpabilidade se infere a função negativa de excluir do âmbito da responsabilização pessoal o que taxativamente não se entende por culpável, qual seja, condições pessoais de raça, cor, religião, procedência nacional, origem familiar, mera causação de resultado. “Se há alguma coisa de necessariamente implicado em toda a ideia de culpa, só poderá ser a existência de um nexos pessoal entre o agente e o fato, seja tal nexos psicológico ou normativo, que imponha que o agente responda⁴²⁴”.

Em outra vertente, atribui-se à culpabilidade uma função positiva, derivada de sua natureza lógico material e que importaria em reconhecer relevância à falta de consciência da ilicitude. Expõe Welzel:

Enquanto o não-valioso determina o homem, o faz em forma de pressão causal (como ira, inveja, cobiça, agressividade, ambição, apetite sexual etc.) e não intervém ainda o ato de liberdade. Má vontade é dependência causal do impulso contrário ao valor e, portanto, vontade não-livre. A liberdade não é um estado, mas um ato; o ato de libertação da coação causal dos impulsos para a autodeterminação conforme os fins. Na falta desse ato baseia-se o fenómeno da culpabilidade: culpabilidade é a falta de autodeterminação conforme os fins num sujeito que era capaz de determinar-se. Não é decisão conforme os fins em favor do mal, mas o ficar preso e dependente, o deixar-se arrastar por impulsos contrários ao valor (...). A culpabilidade não é um ato de livre autodeterminação, mas precisamente a falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável⁴²⁵.

Assim, a adotar-se este conceito material, não poderia existir culpabilidade e, portanto, reprovação, se o agente não soubesse ou mesmo pudesse saber que agiu de maneira ilícita.

Afirma Dias “que (caso adotada a tese) todo problema se resolve afinal com o simples apelo ao cerne imodificável e eterno da ideia de culpa, à sua essência ou estrutura ideológica⁴²⁶”.

Ocorre que não há maiores justificativas pelos seguidores deste entendimento do porquê se perquire, quanto à estrutura ontológica da culpabilidade, do poder do sujeito atuar de maneira diversa e, portanto, de acordo com a norma. São utilizadas provas categoriais e antropológicas para embasar a liberdade de vontade, mas não se esclarece o conteúdo próprio

⁴²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 107, p. 136-137.

⁴²⁵ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 110-111.

⁴²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 137-138.

da culpabilidade. Apenas pretende-se atribuí-la, como se fosse possível, uma estrutura imodificável e eterna⁴²⁷.

Mas, ao contrário do que aduzido, a culpabilidade não é uma categoria imutável, posto ser condicionada às influências de tempo e lugar.

Apontando-se à culpa um conteúdo normativo ou valorativo, acaba-se por reconhecê-la como produto histórico e, portanto, amplamente mutável, sem uma determinação a priori de um problema concreto⁴²⁸.

Entretanto, para fins de aferição da relevância da consciência da ilicitude, a natureza mutável ou imutável da culpabilidade pouco determina se não verificada a atribuição de uma concepção psicológica⁴²⁹ ou normativa à culpabilidade.

Pela primeira concepção, o cerne da questão reside na vinculação dolosa ou culposa ao tipo objetivo de ilícito, de modo que nada influencia a falta de consciência da antijuridicidade. Pela concepção normativa, necessário se fazer referência à natureza ilícita da conduta, a qual precisa ou pode ser apreendida ou valorada pelo sujeito, a demandar uma consciência (atual ou potencial) da ilicitude⁴³⁰.

Enquanto a concepção psicológica centra-se no vínculo de mesma natureza entre o autor e o tipo objetivo, traduzido em culpa ou dolo, a normativa agrega elementos que a qualificam e demanda uma valoração do sujeito da qualidade ilícita de seu atuar. A segunda representa uma evolução na teoria do crime e assenta-se em fundamentos mais robustos do que aqueles que sustentam a primeira.

Na concepção normativa da culpabilidade, inexistente culpa sem censurabilidade, mesmo que haja o vínculo psicológico entre o autor e o tipo objetivo. Daí porque a culpabilidade exige uma valoração do julgador sobre o substrato psicológico do agente e o elemento que importaria na censurabilidade é a consciência da ilicitude. Entretanto, ela também pode se mostrar relevante num contexto de aceção psicológica da culpabilidade, na medida em que

⁴²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 107, p. 139.

⁴²⁸ Idem, pp. 139-140.

⁴²⁹ Assim, para os adeptos da concepção psicológica, os elementos do delito separam-se em uma parte objetiva e outra subjetiva. Na primeira colocam-se o tipo e a ilicitude. O tipo é entendido como a descrição externa da ação e considerado valorativamente neutro (...). Na segunda, reside a culpabilidade, conceituada como vínculo psicológico. Para estes mesmos autores, a ação é conceituada como a 'causação voluntária de uma modificação no mundo exterior'. A vontade é considerada mero 'impulso inicial que desloca a inércia do comportamento', e à caracterização da voluntariedade da ação basta que não tenha havido sobre o agente, no momento em que a praticou, coação mecânica ou psicofísica. BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Da Consciência da Ilicitude no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pp. 35-36.

⁴³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 140.

os atos de conhecimento e de valoração são atos psíquicos. Assim, o que se exige na concepção normativa da culpabilidade é a consciência potencial da ilicitude que não significa equivalência com processos psicológicos⁴³¹.

Em realidade, um mero substrato de natureza psicológica não é suficiente para definir a responsabilidade do sujeito pelo fato, posto necessário um elemento normativo, qual seja, a exigibilidade de conduta adequada ao dever. Esta, por seu turno, independe de qualquer consciência atual ou potencial da antijuridicidade, sendo ambas elementos autônomos⁴³².

É também assim previsto no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do 22, do Código Penal⁴³³.

À problemática da consciência da ilicitude e da sua repercussão ligam-se umbilicalmente as teorias do dolo e da culpabilidade.

Para os defensores da teoria do dolo, só haverá conduta dolosa quando o sujeito agente do conjunto de elementos fáticos que conformam o seu atuar, acrescido do significado jurídico da conduta no que toca à ilicitude, ao menos por meio de uma valoração paralela na esfera do profano⁴³⁴. Desta forma, a ausência de consciência atual da antijuridicidade possui o mesmo resultado da falta de consciência dos elementos fáticos. A falta daquela consciência sempre se mostra relevante por excluir o dolo, ressalvada a possibilidade de sanção a título de culpa, se houver a previsão específica⁴³⁵.

Por outro lado, as teorias da culpabilidade entendem a consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade, mas não a concebem na forma de consciência atual, integrante do dolo, que se resume a conhecimento e vontade da realização do tipo. Ao revés, tem-se uma cognoscibilidade ou conhecimento potencial da antijuridicidade, cuja ausência pode excluir a culpabilidade, mas subsiste o dolo. Ou seja, o agente continua a ser punido a título de dolo, mas a sanção pode se abrandada em razão do erro e da menor reprovação da conduta⁴³⁶.

⁴³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 107, p. 141-142.

⁴³² DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 144.

⁴³³ Coação irresistível e obediência hierárquica (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁴³⁴ MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. T. II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 139 e ss.

⁴³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 146.

⁴³⁶ Idem, p. 147.

Vê-se, portanto, que há uma nítida distinção entre as teorias. Para os adeptos das teorias do dolo, neste se insere a consciência atual da antijuridicidade⁴³⁷, cuja ausência importa exclusão do dolo e apenas punição a título de culpa, se verificada imprudência, negligência ou imperícia e houver previsão específica da figura culposa. Sob um outro enfoque, as teorias da culpabilidade restringem o dolo aos elementos cognitivo e volitivo, restando localizada a consciência da antijuridicidade – potencial – como elemento da culpabilidade, de modo que a sua ausência em nada interfere na qualificação da conduta como dolosa. Entretanto, se inexistente a cognoscibilidade da ilicitude, a culpabilidade restará excluída ou diminuída.

Ressalte-se que, do sintético cotejo apresentados, que as teorias do dolo e da culpabilidade destoam, de logo, quanto à configuração do dolo.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, o ponto nevrálgico está na localização do dolo no sistema jurídico-penal. As teorias do dolo tomam-no como elemento constitutivo da culpabilidade, donde se conclui que a atual consciência da antijuridicidade integra o dolo. As teorias da culpabilidade, ao revés, entendem o dolo como elementos de constituição da ação e do tipo subjetivo, portanto distinto e distante da consciência da antijuridicidade, a qual, por sua vez, é parte do juízo de culpabilidade⁴³⁸.

A distinção apresentada não é meramente topográfica. Isto é, não se trata apenas de identificar a consciência da antijuridicidade como elemento do dolo ou da culpabilidade. Fundamentalmente cumpre assumir posição entre um dolo normativo (*dolus malus*⁴³⁹) e um dolo natural, consoante apregoado pelos finalistas.

⁴³⁷ Por todos, Luzón Peña: "... o conceito de dolo que aqui se mantém é: conhecimento e vontade de realizar todos os elementos objetivos do tipo total de injusto, tanto os de sua parte positiva ou tipo indiciário, como os de sua parte negativa do tipo, é dizer, a ausência dos elementos de causas de atipicidade e causas de justificação; uns e outros são os pressupostos da antijuridicidade ou proibição penal. Em contrapartida, o dolo não requer conhecimento ou consciência da própria antijuridicidade ou proibição (nem geral nem penal) da conduta" LUZÓN-PEÑA, Diogo Manuel. **Curso de Derecho Penal**: Parte General I. Madrid: Universitas, 1996, p. 405.

⁴³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 149.

⁴³⁹ Assevera Mir Puig que "a nosso juízo, o dolo completo exige a 'consciência da antijuridicidade', porém é conveniente distinguir três graus ou níveis de dolo: o dolo típico, que só exige o conhecimento e vontade do fato típico, o dolo referido ao fato típico sem os pressupostos típicos de uma causa de justificação, e o dolo completo, que, ademais, supõe o conhecimento da antijuridicidade (*dolus malus*). Ao estudar o tipo doloso importa unicamente o primeiro nível de dolo típico, que corresponde ao conceito de dolo natural usado pelo finalismo. Nesse contexto, e por motivos de brevidade, em princípio, utilizaremos o termo dolo no sentido de dolo típico. Quando nos ocuparmos das causas de justificação, veremos que então o dolo exige o segundo nível de dolo correspondente. Finalmente, o dolo completo será necessário para a imputação pessoal da antijuridicidade penal." MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. 9. Ed. Buenos Aires: B DE F, 2004, p. 240.

Evidentemente, além desta distinção fulcral, existem outras notas destoantes entre as teorias apresentadas, especialmente no que atine à controvérsia sobre ser ou não a antijuridicidade um elemento do tipo. Admitindo que o seja, conquanto o dolo se refira a todos os elementos que constituem a figura típica, forçoso concluir pela consciência da antijuridicidade como sua integrante. Assim, ainda seria desnecessário distinguir entre erro sobre os elementos de fato do tipo e erro sobre a ilicitude, aplicando-se a ambos o mesmo regime. Neste cenário, parece prevalecer a solução preconizada pelas teorias do dolo⁴⁴⁰.

Ocorre que, mesmo a considerar a ilicitude um elemento do tipo – conclusão com a qual não comungamos – pode-se tê-lo como elemento especial quando se trata da questão do erro. O fato de um certo elemento estar localizado no tipo não implica, de per si, que a sua não-representação importa inevitavelmente na exclusão do dolo. Pode-se tratar o erro sobre a ilicitude, inserta no tipo, de maneira distinta do erro que incide sobre outros elementos típicos⁴⁴¹.

De toda sorte, as teorias mais modernas inclinam-se por negar a ilicitude como integrante do tipo. Em realidade, a ilicitude é o fundamento e o tipo a exprime de forma especializada. Assim, a ilicitude não é e nem poderia ser um elemento do tipo, mas um significado que abrange todos os elementos típicos⁴⁴².

Parece intuitivo que a antijuridicidade é um complexo de significado que banha os elementos constitutivos do tipo de forma conjunta, de modo que não pode ser reduzida a um deles. E mais, sendo possíveis condutas típicas, mas não antijurídicas e, ainda, condutas antijurídicas, mas não típicas, não há como entender de forma diversa a relação entre o tipo e a ilicitude.

Assim, os vínculos entre tipo e ilicitude pouco ou nada dizem a respeito da localização e da fisionomia da consciência da ilicitude na estrutura do complexo jurídico-penal.

O cerne das teorias do dolo reside em atribuir ao dolo a qualidade de elemento constitutivo da culpabilidade e, desta forma, do juízo de valor que incide sobre a ação típica e antijurídica. Ademais, encontra no dolo um elemento intelectual integrado pelo conhecimento da figura típica e pela consciência da ilicitude, os quais projetam uma valoração sobre o injusto⁴⁴³.

⁴⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 150-151.

⁴⁴¹ Idem, p. 151-152.

⁴⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 150-151, p. 152.

⁴⁴³ Idem, p. 154-155.

O entendimento de que o dolo é integrante da culpabilidade importa, para muitos, na conclusão de que se não esgota no conhecimento e vontade de realização de uma certa figura típica, de modo a se distanciar do protótipo de um dolo natural. Assim, seria necessário acrescentar à estrutura dolosa um elemento jurídico-normativo especial apto a torná-lo um dolo normativo ou *dolus malus*. Este elemento extra seria exatamente a consciência atual da antijuridicidade⁴⁴⁴.

Ocorre que esta linha de raciocínio não abrange a unanimidade dos doutrinadores penais.

A título de exemplo, Mayer entende que o dolo normativo pode ser formado não só pela consciência atual da antijuridicidade, mas também pela mera cognoscibilidade ou consciência potencial da ilicitude. Assevera o citado autor que “lo esencial es que el autor haya sabido o (...) hubiera podido saber que lesiona un deber, no es que hubiera estado en la situación de reconocer esse deber como deber jurídico⁴⁴⁵”.

Assim, diferentemente do purismo das teorias do dolo, a teoria de Mayer entende-o como normativo, mas admite que o elemento que se agrega ao conhecimento e à vontade da realização da conduta típica seja o conhecimento meramente potencial da antijuridicidade. E isso não significa trazer ao dolo elementos próprios da figura da culpa.

Ainda se pode vislumbrar, em uma outra vertente doutrinária, a consciência da ilicitude como elemento autônomo da culpabilidade, seja em forma atual, seja em forma potencial, ao lado do dolo natural. Assim, a consciência da antijuridicidade estaria alijada do dolo, mas este traria em si o conhecimento do sentido social da ação. Por consequência, o dolo estaria atrelado ao conhecimento da danosidade social da conduta e a falta de consciência da ilicitude formal não teria qualquer repercussão sobre aquele⁴⁴⁶.

Merecem destaque também as teorias limitadas do dolo que, apesar de conceberem o dolo como elemento da culpabilidade, não aceitam as soluções apontadas pelas teorias do dolo ditas estritas.

Mezger propôs uma construção teórica em que o dolo é composto da junção entre o dolo natural e a consciência atual da antijuridicidade. Ocorre que, quando a falta desta resulta

⁴⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 155.

⁴⁴⁵ MAYER, Max Ernest. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires, B de F, 2007, p. 292. Tradução livre: “o essencial é que o autor tenha sabido ou pudesse ter sabido que lesiona um dever, não é que pudesse reconhecer esse dever como jurídico”.

⁴⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 157.

de um especial traço da personalidade do sujeito (cegueira) ou de sua inimizade ao direito, não se afigura como óbice para aplicação ao agente de uma sanção por ato doloso. Em consequência, haveria uma culpabilidade e, portanto, censura, por condução de vida⁴⁴⁷.

Assim, mesmo quando não houvesse efetiva consciência do agir contrário ao direito, seria possível a punição do agente pela figura dolosa quando se verificasse sua atitude de repugnância aos conceitos de lícito e ilícito e, portanto, um defeito em sua formação.

O núcleo agregador das teorias da culpabilidade reside em considerar o dolo como elemento do tipo e, portanto, da ação, em um contexto de dolo natural e ação final⁴⁴⁸. Assim, o dolo é a finalidade empregada na modulação e condução de um processo causal⁴⁴⁹. Por consequência, a culpabilidade e a ilicitude não influenciam na estrutura do dolo⁴⁵⁰.

Entretanto, apesar da existência de um âmago comum, existem profundas divergências nas teorias da culpabilidade que se centram em questões periféricas.

As sérias dissensões ligam-se ao tratamento do erro sobre os pressupostos de uma causa excludente da ilicitude, aqui também sendo possível divisar teorias da culpa estritas, a abranger aquele erro na seara do erro de proibição, e as teorias limitadas, para as quais se trata de um erro de tipo⁴⁵¹.

O Código Penal brasileiro expressamente adotou a teoria limitada da culpabilidade, conforme se infere em sua Exposição de Motivos⁴⁵².

⁴⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 107, p. 161.

⁴⁴⁸ Em sentido, oposto Roxin: “Desde aproximadamente 1970 se vêm empreendendo esforços bastante discutidos no sentido de desenvolver um sistema jurídico-penal 'teleológico racional' ou 'funcional'. Os adeptos desta concepção estão de acordo – apesar de várias divergências quanto ao resto – na recusa às premissas sistemáticas do finalismo e em partir da idéia de que a construção sistemática jurídico-penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais etc.), mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais.” ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 204.

⁴⁴⁹ Juarez Tavares assevera que o sistema causal-naturalista “fazendo-se da causalidade objetiva e do liame subjetivo partes constitutivas essenciais do delito, dissocia-se sua análise, conseqüentemente, em dois estágios legais, de maneira que a primeira (causalidade) se encontra caracterizada na tipicidade e na antijuridicidade, e a última parte (vínculo psicológico) constitui a base da culpabilidade”. TAVARES, Juarez. **Teorias do delito (variações e tendências)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 20.

⁴⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 163.

⁴⁵¹ Idem, pp. 163-164.

⁴⁵² É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade”. TOLEDO, Francisco de Assis. **Culpabilidade e a problemática do erro jurídico penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 517/251, nov. 1978.

O dolo relevante do ponto de vista jurídico sempre abrange a vontade da ação final, mas não se resume a esta. Há ainda em seu bojo exigências de significado impostas pelo tipo ou exigências normativas suplementares. Assim, ao lado de um cerne imutável e ontológico da ação, residem produtos mutáveis e historicamente condicionados⁴⁵³.

De fato, as ditas exigências normativas suplementares podem ser desde o conhecimento de todos os elementos que integram a figura típica até a estrita ilicitude do fato, passando pelo conhecimento do sentido social, danosidade social ou imoralidade da conduta⁴⁵⁴.

Notadamente no âmbito do direito penal econômico, face as peculiaridades de seus tipos, torna-se ainda mais relevante a análise destas exigências normativas que se aproximam, em face da ausência de conteúdo ético em muitas das incriminações, do conhecimento da ilicitude do fato.

Conclui Dias que:

[...] pode ser o tipo um tal que, referindo-se o dolo à totalidade dos elementos constitutivos deste, fiquem cumpridas as exigências normativas por ele propostas; mas pode também ser um tal que imponha a referência do dolo ao sentido que incorpora ou à ilicitude que exprime.

Por isso, pode defender-se que o dolo faz logo parte do tipo subjectivo e, simultaneamente, que em relação a certo ou mesmo a todos os tipos ele tem de abranger uma qualquer consciência da ilicitude⁴⁵⁵.

Ocorre que esta construção de estruturas de imputação no bojo do direito penal secundário possui questionável legitimidade. Primeiramente porque é impossível transportar conceitos dogmáticos para ramos distintos do direito penal de uma maneira acrítica, tendo em vista que no direito penal de justiça os conceitos estão embasados a partir da consideração do agente como pessoa humana. Ademais, a realidade ética subjacente aos crimes do direito penal primário e do direito secundário são normalmente distintas⁴⁵⁶.

E mais:

“[...] a questão é tanto mais pertinente quanto em geral os crimes previstos no Código Penal têm a ver genericamente com aspectos essenciais da vida em sociedade, enquanto o Direito Penal secundário e o Direito de Mera Ordenação

⁴⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 167.

⁴⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 70.

⁴⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 162.

⁴⁵⁶ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Erro e Consciência da Ilicitude em Infrações contra o Mercado de Valores imobiliários. **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 662.

Social regulam apenas comportamentos, actividades ou setores específicos da vida social-económica que não correspondem ao funcionamento geral da vida social”⁴⁵⁷.

Em confronto com o ordenamento penal brasileiro, a lição acima colacionada, posto extremamente valiosa, demanda uma série de adaptações. Por primeiro, não se conhece a figura autônoma, inserida no âmbito penal, do direito de mera ordenação social. Ademais, não é possível estabelecer uma análise somente topográfica das figuras delitivas e estabelecer que no Código Penal brasileiro são apenas tutelados bens jurídicos essenciais, posto estarem

⁴⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 107, p. 662.

codificados tipos penais que apenas regulam determinado setor da atividade econômica, a exemplo dos artigos 168-A,⁴⁵⁸ 334-A⁴⁵⁹ e 337-A⁴⁶⁰ do Estatuto repressivo pátrio.

Por outra banda, há tipos penais que habitam a legislação extravagante, mas tutelam bens jurídicos essenciais à sociedade, a exemplo do artigo 54, da Lei n.º 9.605/98⁴⁶¹.

Feitas as considerações pertinentes, há se se ressaltar que, de fato, resulta impossível transporem-se os institutos dogmáticos elaborados com base no direito penal primário ao direito penal secundário sem ajustes e críticas necessárias. Parece intuitivo que os critérios de

⁴⁵⁸ Apropriação indébita previdenciária (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

⁴⁵⁹ Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

⁴⁶⁰ Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previ-

análise da censurabilidade da conduta e, por consequência, da culpabilidade penal, deve ser distinto quanto se está diante de tipos penais de setores também diferentes.

Não se trata aqui de instituir privilégios e apregoar leniência à repressão dos crimes econômicos, mas de assumir um compromisso científico de revisitação de institutos forjados em circunstâncias históricas específicas e a partir dos influxos do direito penal nuclear.

A questão do exame da juridicidade da ação fomenta o desenvolvimento de teorias extremas: ora excessivamente rigorosas, a exigir exame antecipado da juridicidade da cada ação praticada na vida social, como requer o Supremo tribunal Federal alemão, ora tão brandas a excluir a possibilidade real de informação no caso de ausência de dúvida sobre a proibição na consciência do autor, consoante prescreve Horn⁴⁶².

denciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

⁴⁶¹ Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

A partir destas premissas, deflui-se que o erro inevitável se afigura mais comum no âmbito do direito penal especial, na medida em que o cidadão ordinário possui maiores dificuldades na identificação do injusto concreto, assim como os profissionais da área desconhecem a absoluta integralidade das incriminações existentes. Por outro lado, no que concerne ao direito penal comum, avultam os erros evitáveis, salvo quando inexistente razão para análise da juridicidade da conduta⁴⁶³.

Segundo Muñoz Conde, embora não se possa olvidar as preocupações com o tipos delitivos tradicionais, a atenção dos penalistas deve também ser endereçada a outros setores do Direito Penal que vêm galgando importância apenas recentemente e que, por outro lado, estão sendo objeto de complexas regulações legais dificilmente reduzíveis aos velhos moldes utilizados na dogmática tradicional, como, por exemplo, ocorre com os crimes contra a Fazenda Pública⁴⁶⁴.

Demonstra a experiência que é comum atribuir relevância ao erro quando se trata de normas ditas artificiais ou eticamente indiferentes, mas o tratamento é antagônico quando o erro se refere a normas constituintes do núcleo da sociedade.

Ocorre que o largo fenômeno de regulação econômica por meio de normas de Direito Penal impõe uma mudança de perspectiva, pois a complexidade técnica e a indeterminação deste novo arsenal normativo são suas características marcantes, a ensejar uma espécie de compensação do ponto de vista subjetivo, conferindo-se maior relevância ao erro do sujeito sobre a norma⁴⁶⁵.

Em outras palavras, a depender da conduta que se está a analisar, o “termômetro” da inevitabilidade do erro deve ser qualitativamente graduado.

A questão do erro de proibição e da análise de seus contornos depende, primeiramente, da análise do delito em voga e a sua classificação como crime em si ou como crime de mera criação legislativa. De fato, a distinção entre os grupos de injustos repercute diretamente na estruturação dogmática correspondente⁴⁶⁶.

⁴⁶² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal** – Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 307.

⁴⁶³ Idem, p. 308.

⁴⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 91.

⁴⁶⁵ Idem, p. 182.

⁴⁶⁶ Augusto Silva Dias defende, a partir da teoria das grandes normas de comportamento, a diminuição do espaço de aplicação do erro sobre as proibições da parte final do art. 16, n. 1 do Código Penal Português. DIAS, Augusto Silva. << **Delicta in Se**>> e << **Delicta Mere Prohibita**>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 19.

De fato, grande é a repercussão sobre a teoria do erro de proibição da distinção apontada entre *in se* e *mere prohibita*, centrada nos limites da legítima intervenção do direito penal, no conceito material de crime, bem como no consenso acerca dos valores sociais a serem protegidos das ofensas mais gravosas. Ora, é da experiência ético-prática sobre o âmbito do punível que se alimenta o cidadão em sua avaliação profana sobre a (i)licitude de certa conduta⁴⁶⁷.

Não haveria como ser diferente, posto que o agente, que vive em certo contexto regido pela norma jurídica penal é também, de maneira ativa, um intérprete de norma. E desta tarefa exegética somente se desincumbe se lançar mão de seus valores e princípios próprios, os quais conferirão significado às situações vivenciadas.

A dita expansão do Direito Penal sobre áreas antes por ele intocadas gera uma proliferação de *delicta mere prohibita*, o que repercute sobremodo no redimensionamento do princípio do *error juris nocet*⁴⁶⁸.

Ademais, conclui-se que a solução da problemática relativa ao erro de proibição não pode – e nem deve – ser homogênea, pois vinculada ao contexto do sentido social do comportamento. Ao lado de condutas lastreadas em representações ético-sociais correntes, outras há destituídas daquela qualidade⁴⁶⁹.

Assim, nas hipóteses de delitos de *mere prohibita*, a presença da consciência da ilicitude, para fins de culpabilidade, não prescindiria do conhecimento da própria norma formal incriminadora. Isto porque não se pode exigir do agente o conhecimento de valoração leiga do conteúdo incriminador quanto este está apartado das valorações ético-sociais vigentes.

⁴⁶⁷ DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 34.

⁴⁶⁸ Ressalte-se a superação, na doutrina moderna, da errônea equiparação entre o erro de proibição e o erro de direito, o que trairia para aquele o antigo princípio romano aplicável a este, qual seja, do *error juris nocet*. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. v. I. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 409-410.

⁴⁶⁹ DIAS, Augusto Silva. << *Delicta in Se*>> e << *Delicta Mere Prohibita*>> Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 36.

5 DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE *IN SE* E *MERE PROHIBITA*

A fim de compreender o tratamento conferido ao tema pelas mais relevantes Cortes brasileiras, empreendeu-se uma pesquisa nos *sites* de jurisprudência pertinentes.

Primeiramente, no *site* do Superior Tribunal de Justiça, empreendeu-se a busca pela expressão “erro de proibição e direito penal econômico”. Encontrado, em 04 de fevereiro de 2015, um único acórdão que, entretanto, tratava de matéria distinta do direito penal econômico, mais especificamente crime contra a honra de 2015, um único acórdão que, entretanto, tratava de matéria distinta do direito penal econômico, mais especificamente crime contra a honra⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ Ementa. PROCESSUAL PENAL E PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACOLHIMENTO PARCIAL, SEM MODIFICAÇÃO DO RESULTADO DO JULGADO, PARA, AFASTANDO A APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ, CONHECER DAS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL E MANTER A DECISÃO PROFERIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIFAMAÇÃO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DECURSO DE PRAZO. PRETENSÃO RECURSAL DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATORIA ESBARRA NO ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DE DECISÃO CONDENATÓRIA EM OUTRO PROCESSO ANTES DA DATA DO FATO OFENSIVO, OBJETO DO JULGADO. NEGATIVA DE AUTORIA COM BASE EM PREMISSAS AFASTADAS PELO V. ACÓRDÃO RECORRIDO. ANIMUS DIFFAMANDI. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. MATÉRIA DE PROVA (SÚMULA 07/STJ). PENA RESTRITIVA DE DIREITOS SUBSTITUTIVA DE PRIVATIVA DE LIBERDADE CONSISTENTE EM PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM MULTA. EXEGESE DOS ARTS. 44, § 2º, 45, § 1º, 49, DO CÓDIGO PENAL. REVISÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DE PROVAS (SÚMULA 07/STJ).

I - Constatado erro na decisão embargada, cumpre acolher os embargos, para afastar a incidência da Súmula 182 desta Corte, sem, contudo, modificar o resultado do julgado.

II - O instituto da reincidência restou caracterizado porquanto no momento da escrita da carta ofensiva, objeto do julgado, já havia decisão condenatória transitada em julgado em outro processo por desacato (art. 331 do Código Penal).

III- A pretensão recursal, conforme posta, objetivando a configuração da decadência ensejaria a análise do material cognitivo constante dos autos, o que é vedado, a teor da Súmula 07, desta Corte.

IV - A tese de negativa de autoria, foi adequadamente afastada pelo v. acórdão recorrido por não se tratar o ofendido de funcionário público, ao contrário do que afirma o recorrente.

V - A pena restritiva de direitos, consistente em aplicação de prestação pecuniária substitutiva da privativa de liberdade, pode ser cumulativa à incidência de multa por se tratar de institutos de natureza jurídica diversa.

VI - Para contestar as afirmações alinhadas na prestação da tutela jurisdicional acerca da existência do animus diffamandi, o vedado reexame de provas (Súmula 07 - STJ), seria imprescindível.

VII - O quantum estipulado a título de prestação pecuniária, tendo em vista a excelente situação econômico-financeira do recorrente, é impossível de ser revisto, em sede de recurso especial porque esbarraria no óbice da Súmula 07, deste Tribunal. Embargos, em parte, acolhidos para afastar a aplicação da Súmula 182/STJ, sem modificar o resultado do julgamento.

(EDcl no AgRg no Ag 356220 / RS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2000/0141014-8 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 21/11/2002 Data da Publicação/Fonte DJ 24/02/2003 p. 268)

Em seguida, no mesmo *site* do STJ, utilizou-se como parâmetro de pesquisa a expressão “culpabilidade e direito penal econômico”, logrando-se encontrar, na data de 04 de fevereiro de 2015, oito acórdãos, dos quais seis não possuem qualquer relação com a matéria da presente tese⁴⁷¹.

Por outro lado, dois outros acórdãos tratam de tema correlato ao aqui tratado⁴⁷².

O primeiro deles versa sobre crimes contra o sistema financeiro nacional, mais especificamente o arts. 4.º, 5.º, *caput* e 7.º, inciso III, da Lei n.º 7.492/86⁴⁷³.

⁴⁷¹ HC 297447 / RS HABEAS CORPUS 2014/0151015-4 Relator(a) Ministro JORGE MUSSI (1138) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 06/11/2014 Data da Publicação/Fonte DJe 13/11/2014; HC 297450 / RS HABEAS CORPUS 2014/0151020-6 Relator(a) Ministro JORGE MUSSI (1138) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 21/10/2014 Data da Publicação/Fonte DJe 29/10/2014; AgRg no REsp 1419621 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0381501-3 Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 17/12/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 03/02/2014; REsp 1199497 / DF RECURSO ESPECIAL 2010/0116787-8 Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 07/08/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 14/08/2012; HC 135415 / SP HABEAS CORPUS 2009/0084450-2 Relator(a) Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) (8155) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 15/09/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 03/10/2011; REsp 150908 / SP RECURSO ESPECIAL 1997/0071637-6 Relator(a) Ministro ANSELMO SANTIAGO (1100) Relator(a) p/ Acórdão Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 18/08/1998 Data da Publicação/Fonte DJ 19/10/1998 p. 162 JSTJ vol. 3 p. 400 REVJUR vol. 255 p. 82.

⁴⁷² Ementa. RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO FRAUDULENTA E EMISSÃO DE TÍTULOS SEM LASTRO. ARTS. 4.º, CAPUT, E 7.º, INCISO III, C.C. O ART. 25 DA LEI N.º 7.492/86. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS RECORRIDO E PARADIGMA. ARGUIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE, SATISFATORIAMENTE, A CONDUTA, EM TESE, DELITUOSA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 7.º, INCISO III, DA LEI N.º 7.492/86. TIPO PENAL COMPLETO. RESOLUÇÃO N.º 15/1991, da SUSEP. CARÁTER INTERPRETATIVO ARTS. 4.º, CAPUT, E 7.º, INCISO III, DA LEI QUE DEFINE OS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPROCEDÊNCIA NO CASO. FIGURAS AUTÔNOMAS. SÚMULA N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE REFERENTE À CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA. SÚMULA N.º 7 DESTE TRIBUNAL. ARGUIDA INCIDÊNCIA DA CONDUTA TÍPICA PREVISTA NO ART. 5.º, CAPUT, DA LEI N.º 7.492/86. APROPRIAÇÃO OU DESVIO DE DINHEIRO, TÍTULO, VALOR OU OUTRO BEM. SÚMULA N.º 7 DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSOS ESPECIAIS DA DEFESA PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDOS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NÃO CONHECIDO. Recurso especial de PEDRO GOES MONTEIRO DE OLIVEIRA: (REsp 946653 / RJ RECURSO ESPECIAL 2007/0098470-2 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 02/06/2011 Data da Publicação/Fonte REPDJe 03/05/2013 DJe 23/04/2012).

Ementa. PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ARTIGOS 4º, CAPUT; 5º, CAPUT; 7º, INCISO IV; E ARTIGO 9º, DA LEI 7.492/86. 1. CRIMES CONTRA INSTITUIÇÃO PERTENCENTE AO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: ENTIDADE DE FUNDO DE PENSÃO (FUNDO DE PENSÃO MULTIPATROCINADO – AEROS). IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA

Entretanto, na redação da ementa do referido julgado, acima colacionada, a menção expressa à culpabilidade como reprovabilidade foi feita no bojo da análise dos elementos do art. 59, do Código Penal⁴⁷⁴.

Veja-se, a propósito, o trecho da ementa a que se faz referência:

JUSTIÇA ESTADUAL. AFIRMAÇÃO DA COMPETÊNCIA RATIONE MATERIAE DA JUSTIÇA FEDERAL. 2. NATUREZA ESPECIAL DO DELITO. SUJEITO ATIVO QUALIFICADO SEGUNDO O DISPOSTO NO ART. 25, DA LEI 7.492/86 - INTRANEUS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE PARTICIPAÇÃO DE UM NÃO QUALIFICADO - EXTRANEUS - NO DELITO ESPECIAL EXECUTADO PELO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 30, DO CÓDIGO PENAL. 3. EXISTÊNCIA DE NARRATIVA SOBRE CONDUTA QUE, EM TESE, AUTORIZA A RESPONSABILIZAÇÃO DO RECORRENTE A TÍTULO DE PARTICIPAÇÃO: O 'COMO', O 'DE QUE FORMA', O 'DE QUE MANEIRA' CONCORREU PARA CADA UMA DAS INFRAÇÕES, INCLUSIVE NA MODALIDADE OMISSIVA. RESPONSABILIDADE DO PARTICIPE POR OMISSÃO. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 13 E 29, DO CÓDIGO PENAL. APRECIÇÃO QUANTO À JUSTIÇA OU INJUSTIÇA DA DECISÃO QUE REFOGE TOTALMENTE AO ÂMBITO E AOS LIMITES DO ESPECIAL. 4. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA DECORRENTE DA PARTICIPAÇÃO EM SI MESMA. DIFERENCIAÇÃO DE PENA COMO REFLEXO DA 'MEDIDA DA CULPABILIDADE'. SEM O REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO, IMPOSSÍVEL NESTA VIA, NÃO HÁ COMO AFERIR-SE O GRAU DE IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO RECORRENTE EM RELAÇÃO A CADA UM DOS DELITOS. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 13 E 29, DO CÓDIGO PENAL. 5. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 155 E 499, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INDEFERIMENTO DE PEDIDO PARA REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL MOTIVADO NA DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7, STJ. 6. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CONSUNÇÃO DO POST FACTUM PELO CRIME ANTERIOR MAIS GRAVE. INTERPRETAÇÃO VALORATIVA. LEI 7.492/86: DELITOS CONSUMPTOS: ART. 5º, CAPUT (DESVIO/APROPRIAÇÃO); E ART. 9º (FRAUDE À FISCALIZAÇÃO OU AO INVESTIDOR); DELITO CONSUMPTIVO: ART. 4º, CAPUT (GESTÃO FRAUDULENTA).

(REsp 575684 / SP RECURSO ESPECIAL 2003/0132420-7 Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) Relator(a) p/ Acórdão Ministro PAULO MEDINA (1121) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 04/10/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 23/04/2007 p. 317).

⁴⁷³ 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

Art. 5º Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:

I - falsos ou falsificados;

II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação;

IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida:

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

“14. No exame da culpabilidade do agente e das circunstâncias do crime, verifica-se que os elementos concretos foram detidamente analisados pelo Tribunal a quo, para demonstrar porque a conduta do Réu se reveste de especial reprovabilidade. Com efeito, consignou-se que os ilícitos foram perpetrados sob a orientação do Recorrente, que engendrou complexo esquema para gerir, desviar recursos e emitir títulos sem lastro por longo lapso temporal. Além disso, ele foi o maior beneficiário da empreitada.

15. Da mesma forma, as consequências dos crimes se revelam desfavoráveis, uma vez que, repito, restaram comprovados os milionários prejuízos econômicos ao erário e à economia popular.”

O segundo também de refere a crimes contra o sistema financeiro nacional, notadamente os arts. 4º, *caput*; 5º, *caput*; 7º, inciso IV; e 9º, da lei n. 7.492/86.

Nesta hipótese, a referência à culpabilidade se dá com relação à mensuração da pena, nos seguintes termos:

“No ordenamento penal em vigor, não há obrigatoriedade de redução de pena para o partícipe, em relação à pena do autor, considerada a participação em si mesma, ou seja; como forma de concorrência diferente da autoria (ou co-autoria). A redução obrigatória da pena para o partícipe se dá apenas em face daquela que a Lei chama de "menor importância" - o que já está a revelar que nem toda participação é de menor importância e que, a princípio, a punição do partícipe é igual a do autor. A diferenciação está "na medida da culpabilidade" e, nessa linha, o partícipe pode, em tese, vir até mesmo a merecer pena maior que a do autor, como exemplo, no caso do inciso IV, do artigo 62, do CP”⁴⁷⁵.

A questão que aqui demanda maior análise diz respeito ao significado da expressão “na medida de culpabilidade”.

⁴⁷⁴ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁴⁷⁵ Agravantes no caso de concurso de pessoas

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - coage ou induz outrem à execução material do crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

De início, necessário esclarecer que a culpabilidade aqui tratada não é o terceiro elemento do conceito estratificado de crime, qual seja, fato típico, antijurídico e culpável.

A medida da culpabilidade quer referir, neste passo, à extensão da responsabilidade do sujeito autor do crime.

Outras decisões, desta feita proferidas por Cortes distintas do Superior Tribunal de Justiça, possuem relevância e interessam de perto ao presente estudo, razão pela qual serão aqui tratadas.

Esclareça-se de logo que não é a pretensão da presente tese, nem se afiguraria sequer possível, esgotar a análise das decisões judiciais que tratam da temática da consciência da antijuridicidade nos delitos econômicos. Apenas buscou-se, no Superior Tribunal de Justiça, por meio da pesquisa acima declinada, os julgados que se afigurassem compatíveis com o objeto da presente análise.

Ademais, dada a pequena quantidade de decisões encontradas na primeira fase da busca, ampliou-se o leque de órgãos julgadores para trazer a lume material jurisprudencial de interesse do presente estudo.

Assim, tem-se, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o HC n.º 80.549, 2ª Turma, relatoria do Ministro Nelson Jobim⁴⁷⁶.

De início, destaque-se que a ementa do referido julgado faz referência a crime contra a ordem tributária, qual seja, espécie delitiva que se situa no plantel dos delitos econômicos, consoante a definição aceita na presente tese.

Entretanto, o tema central discutido na decisão colacionada não está relacionado diretamente ao direito penal, mas ao processo penal. Em primeiro lugar, por ratificar a natureza pública da ação penal dos crimes tributários⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA GENÉRICA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INÉPCIA. Nos crimes contra a ordem tributária a ação penal é pública. Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. É necessário que descreva, de forma direta e objetiva, a ação ou omissão do paciente. Do contrário, ofende os requisitos do CPP, art. 41 e os Tratados Internacionais sobre o tema. Igualmente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Denúncia que imputa corresponsabilidade e não descreve a responsabilidade de cada agente, é inepta. O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema brasileiro é o pessoal (subjetivo). A autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar. Outra, é a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado. Habeas deferido" (HC n.º 80.549, 2ª Turma, rel. Min. NELSON JOBIM, vu, j. 20.03.2001. No mesmo sentido, HC n.º 79.399, rel. Min. NELSON JOBIM, j. 26.10.1999).

⁴⁷⁷ Não só nas espécies delitivas previstas na lei n. 8.137/90, mas também nos crimes insertos no Código Penal, a exemplo dos arts. 168-A e 337-A.

Em segundo, por acolher o entendimento sufragado pela jurisprudência ainda hoje majoritária no sentido de que, em se tratando de crimes societários, a admissão da denúncia genérica não espanca a obrigatoriedade de demonstração da participação do agente acusado na prática delitiva.

Ocorre que, embora trate de direito penal econômico e de aspectos formais fundamentais na atribuição de responsabilidade dos agentes criminosos, a decisão referida não traz uma análise sobre o elemento subjetivo do delito (tributário, no caso), ou considerações ulteriores sobre a culpabilidade e sua estruturação em delitos deste jaez.

Assim, em que pese a clareza do julgamento e a cultura do relator, não lança maiores luzes sobre a questão da consciência da ilicitude e seu antagônico, o erro de proibição, nos delitos econômicos⁴⁷⁸.

No mesmo sentido, o HC 79.399, também da relatoria do Ministro Nelson Jobim:

“PENAL. CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS. TENTATIVA. ERRO DE PROIBIÇÃO ESCUSÁVEL. 1. Não há dúvidas de que a conduta imputada ao réu, consistente em tentar deixar o país portando moeda estrangeira, sem a prestação de DPV, em montante superior ao previsto na legislação de regência, constitui em tese o crime de evasão de divisas. 2. Materialidade comprovada pelo Auto de Apresentação e Apreensão. A Autoria é incontroversa, tendo restado patente o dolo genérico necessário à configuração do tipo penal. 3. O erro de proibição, causa que pode impossibilitar a compreensão da ilicitude, somente isenta de pena quando inevitável. Tem-se por escusável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando não lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esse conhecimento. 4. Na esteira da doutrina capitaneada por Zaffaroni e Pierangelli, não há regras fixas a determinar a inevitabilidade do erro, devendo este ser aferido caso a caso, dadas as circunstâncias do caso concreto, especialmente as de caráter pessoal. 5. Cuidam os autos do crime de evasão de divisas, tema adstrito ao Direito Penal Econômico que, excluídas aquelas pessoas habituadas a lidar com o mercado financeiro em geral, as demais, integrantes do corpo social, têm dificuldade em internalizar as regras de comportamento que lhes são impingidas, aliada a circunstância de se tratar de estrangeiro não habituado a lidar com esse ramo específico. 6. Caracterizado o erro de proibição escusável, não merece reprovação a conduta perpetrada. 7. Apelação improvida. (TRF-2-ACR: 3445 RJ 2001.51.01.539620-6, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 05/07/2006, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::18/07/2006 – Página::531)

INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. ART. 21 DO CP . ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO VERIFICADO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO APLICÁVEL NA ESPÉCIE. SIGILO BANCÁRIO. TEMERIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PRESENÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO IDÔNEO COMO PROVA. CONJUNTO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS

⁴⁷⁸ EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL TRIBUTÁRIO. LEI DAS S/A E RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. FALTA DE INQUÉRITO. DENÚNCIA GENÉRICA. A lei das S/A (L. 6.404/76) em relação aos atos ilícitos, adota o princípio da responsabilidade individual (pessoal, subjetiva). Nos crimes contra a ordem tributária a ação penal é pública. O inquérito não é condição de procedibilidade para a ação. Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo de cada sócio ou gerente ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. Habeas deferido, em parte.

JUDICIAIS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. Baseando-se apenas em circulares interna corporis que noticiam a aplicabilidade de certas vedações legais a determinados cargos, sem no entanto restringi-las, expressamente, aos mesmos. 2. No caso sub judice, o crime tipificado no artigo 17 da Lei nº 7.492/86 resta absorvido pelo de gestão temerária pois, quando o fato definido por norma incriminadora constitui conduta posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática de outro delito, ocorre a relação consuntiva. 1. É descabido pensar em erro de proibição (art. 21 do CP: 3. Apelo ministerial não acolhido. 4. Firmou-se recentemente o entendimento da 4ª Seção desta Corte no sentido de que o gerente de agência bancária "é sujeito ativo do delito de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei 7.492/86) não se exigindo participação na administração superior da entidade" (ACR nº 2001.04.01.004003-5/PR, Rel. Para o Acórdão Des. Tadaaqui Hirose, public. No DJU de 1º.06.2005). Idêntica inteligência mostra-se aplicável para as hipóteses de gestão temerária. 5. Não se constata vício algum no processo, se os extratos bancários da conta corrente do réu foram oportunamente desentranhados, por mostrarem-se irrelevantes ao deslinde da causa, tanto que sequer mencionados nos fundamentos da sentença. 6. É constitucional o parágrafo único do art. 4º da Lei de Regência, pois, pela interpretação literal e sistemática, 'gestão temerária' é elemento normativo do tipo, relativo àquela conduta que, embora não fraudulenta, demonstre evidente irresponsabilidade do administrador, com a qual expõe a entidade gerida a risco desnecessário. 7. Configura-se o dolo pelo deferimento de empréstimo a empresas deficitárias ou inadimplentes, com a ciência desta situação e desprezo às mínimas garantias de segurança e liquidez exigidas pela boa técnica bancária. 8. É desnecessário, para caracterizar o delito, serem irregulares todas as operações de responsabilidade do réu, bastando que uma seqüência delas, efetuadas em determinado período de tempo, ou deferidas a certo grupo de clientes, revele clara inobservância das regras gerenciais. 9. Embora a auditoria realizada pela instituição financeira não seja capaz de, isoladamente, alicerçar a pretensão punitiva, ao integrar-se a outros elementos do conjunto probatório, compõe prova idônea e relevante. 10. Aprovar créditos a clientes de outras jurisdições bancárias, bem como ser motivado por ambições profissionais, são fatores característicos do crime de gestão temerária, descabendo considerá-los ao avaliar as circunstâncias previstas no artigo 59 do CP. 10. Sanções minoradas. 11. Prestação pecuniária devidamente fixada, podendo ainda ser objeto de parcelamento perante o Juízo da Execução Penal. (TRF-4 - ACR: 6790 SC 2002.04.01.006790-2, Relator: ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, Data de Julgamento: 13/12/2006, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D. E. 17/01/2007)

EMENTA INQUÉRITO. DENÚNCIA. ART. 350 DO CÓDIGO ELEITORAL. DENUNCIADO QUE SUBSCREVEU NOVA PRESTAÇÃO DE CONTAS EM SUBSTITUIÇÃO A DOCUMENTO ANTERIORMENTE APRESENTADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, AO INVÉS DE PROVIDENCIAR SUA RETIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE RECONHECIDA. ERRO DE PROIBIÇÃO IGUALMENTE VERIFICADO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA REJEITADA. 1. Para que ocorra o crime, o sujeito ativo deve estar consciente de que está praticando o falso ideológico, segundo a descrição da norma. O elemento subjetivo está na intenção livre de falsificar, com perfeita noção da reprovabilidade do ato. 2. Interpretou o denunciado a norma proibitiva que concerne diretamente ao fato, tomando seu comportamento como permitido e aprovado pelo Direito, em evidente ocorrência de erro de proibição (CP, art. 21). 3. Denúncia rejeitada. (STF - Inq: 2559 MG, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 18/08/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012)".

Vê-se, portanto, que, além de escassas as decisões sobre o tema, aquelas encontradas e colacionadas na presente tese tratam da matéria apenas de forma marginal. Ademais, não

foram encontradas naquelas quaisquer considerações sobre a questão do erro de proibição e os crimes em si e de mera proibição, o que denota a pouca preocupação dos julgadores na discussão, nos casos concretos, de tema tão relevante.

CONCLUSÃO

O turbilhão de mudanças ocorridas na segunda metade do século XX nos mais diversos setores da convivência humana forjaram uma nova formatação de sociedade bastante diversa da anteriormente vislumbrada. Os Estados se aproximaram virtualmente, assim como os cidadãos, conectados em tempo real e com acesso à troca imediata de informações.

A este fenômeno expansionista, complexo e multifacetário Uriel Beck convencionou chamar de globalização. Ademais, no campo da economia, do meio ambiente, da produção da energia e em outras searas incrementaram-se de maneira exponencial os riscos criados às presentes e futuras gerações. A sociedade de massa revelou uma coletividade de atores/consumidores com demandas e interesses congêneres.

Referidos riscos são cada vez mais relevantes e espalhados entre todos, além de representarem indesejada consequência do desenvolvimento das tecnologias e da indústria moderna. Ademais, são também repartidos entre seus próprios criadores, na medida em que, com o passar do tempo, também estes são atingidos. Segundo Beck, nem mesmo o dinheiro e o poder são instrumentos para imunização dos seus efeitos à saúde e à economia de uma forma ampla e generalizada. Paralelamente, produzem-se desigualdades transnacionais, a polarizar os países mais abastados e aqueles ainda em desenvolvimento.

O cidadão da época do liberalismo ansiava por liberdade e proteção frente ao Estado e seus desmandos. No Estado Social, os direitos apresentam-se numa outra dimensão. Do anseio por abstenção do ente político passa-se a uma expectativa justificada de atuação positiva do corpo estatal. Avulta a importância dos bens jurídicos meio ambiente, saúde coletiva, ordem econômica e outros com feição transindividual.

Modernamente se vislumbra a atuação de uma criminalidade transnacional, perpetrada por atores dispersos em países distintos e com atuação também difusa. Assim, a aplicação do princípio da territorialidade, a demandar a intervenção do Estado apenas, em regra, quando a conduta se consuma nos limites das fronteiras nacionais, mostra-se relativizada. As organizações criminosas transnacionais despertam a preocupação do Estado em sua repressão, de modo que outras soluções são propostas e muitos são os defensores de sua legitimidade, ainda que elas se afastem do minimamente tolerável e do direito penal humanizado de raiz iluminista.

O Direito Penal, por certo, não está imune a esta mudança de balizas e de comportamentos sociais. Ao revés, influencia-a e é por ela também influenciado. Se o direito é produto do homem e regula a convivência social, a sua exegese é informada pelos contextos de sua gênese e de sua aplicação. Para Peter Haberle, o sujeito que se encontra em um certo tempo e lugar regido por certa norma jurídica é, de maneira direta ou indireta, um intérprete da norma. Em outras palavras, o destinatário do regramento é um real e efetivo participante do processo hermenêutico.

Desta feita, passou-se a observar um fenômeno de expansão do direito, como assentou Jesús-María Silva Sánchez. Ocorre que referido fenômeno demanda análise sob um duplo enfoque. O primeiro é chamado pelo mesmo doutrinador de expansionismo normativo ou prescritivo; o segundo, expansionismo descrito ou prospectivo. No primeiro, o direito penal ampliaria sua intensidade e seu conteúdo, em razão das novas realidades criminosas. O segundo, ao contrário, assevera que a expansão do direito penal é um fenômeno inafastável, posto desempenhar finalidades de orientação social, anteriormente relegadas a outras instâncias.

Ocorre que, de fato, a expansão do direito penal é inarredável, paulatina e estimulada pelas novas realidades contemporâneas. Segundo Faria Costa, se toda espécie de conduta, individual ou coletiva, está informada e condicionada pela globalização, não seria distinto com os comportamentos criminosos, os quais não se encontram imunes à realidade.

Ademais, verifica-se ainda uma administrativização do direito penal: ao lado de um direito penal primário consolida-se um direito penal secundário, baseado em imperativos de necessidade/utilidade.

Somente através de uma lei incriminadora, legitimamente produzida, é que se tem um tipo legal de delito. Apenas a partir da gênese da lei de incriminação é que o ilícito penal demonstra a sua face de ilícito ético socialmente desvalioso.

O direito penal passou a regular condutas e atingir áreas antes imunes à sua intervenção. Forte no princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*, o direito penal em sua feição clássica servia à tutela dos bens jurídicos mais relevantes e caros à sociedade em determinada época histórica.

Ademais, os tipos penais passaram a ser utilizados como reforço de proibição de condutas antes apenas sancionadas na órbita administrativa. Olvidando seu caráter naturalmente fragmentário, as normas penais punitivas foram e são usadas para a regulação de certos subsistemas sociais.

E mais. A estrutura dos referidos tipos penais foi radicalmente alterada. No afã de servir de elemento regulador do sistema econômico, abundam os tipos penais de perigo. E se antecipa o momento da punição, na tentativa de desestimular a conduta do agente causadora de perigo e, paralelamente, criar um sentimento coletivo de maior segurança.

Por outro lado, também proliferam as normas penais em branco, espécies nas quais o conteúdo da proposição é complementado por outra, de mesma ou inferior hierarquia. Parece consequência lógica de que, por complexa e detalhada a regulação infralegal dos setores econômicos, seja esta a complementar as normas penais, cujas peculiaridades e formalidades impedem tal nível de minúcia e permanente atualização. Há ainda a referir a previsão de inúmeros crimes culposos, nos quais o resultado previsível, desvalioso e indesejado não é produzido por conduta voluntária, mas decorre da inobservância de um dever objetivo de cuidado.

A par da expansão das criminalizações, Faria da Costa verifica, por outro lado, a diminuição das garantias processuais. Semelhante mudança se vê de logo em Estados punitivos, com a multiplicação e agravação das medidas derogatórias do direito comum, como a proteção de testemunhas e algumas técnicas de buscas e revistas. Referidas garantias são mitigadas e por vezes afastadas na busca de um mais exitoso combate à criminalidade.

Assim, conforma-se um direito penal econômico, cuja definição, segundo Aftalión, é a tarefa árdua. Para o referido autor, basta referir-se genericamente ao econômico, pois com este critério amplo se reuniriam temas distintos, como o regime da propriedade, a compra e venda, o furto e as fraudes. O direito penal econômico pode ser concebido, em sentido restrito, como ramo do direito penal voltado para a regulação da ordem econômica, bem jurídico supraindividual. Por outro lado, admite-se e defende-se uma concepção ampla, a significar que os crimes econômicos são as ofensas que lesam ou põem em perigo bens jurídicos supraindividuais e de conteúdo econômico, as quais transcendem o aspecto puramente individual.

Esta não é uma distinção meramente teórica. A eleição de um conceito estrito ou de um conceito amplo não se restringe à produção de resultados didáticos, mas apresenta repercussões práticas no entendimento da criminalidade econômica e na interpretação dos institutos da teoria geral do delito. Há um interesse difuso de que as sociedades produtoras de riqueza e o sistema econômico apresentem um regular funcionamento. Para Feijoo Sánchez, o elemento de união nos crimes econômicos é sua vinculação a regras de natureza econômica ou

com atuações em subsistemas econômicos, tendo em vista determinados direitos, liberdades e deveres.

O Direito Penal Econômico não é composto apenas por proibições sem qualquer sentido ético, distantes das normas gerais de condutas. Ocorre que não se pode esquecer que, na gênese destes tipos, há interesses sociais funcionais subjacentes, incluídos no programa de atuação do legislador. Entretanto, pode-se afirmar que, no âmbito do direito penal econômico, a grande maioria das incriminações são criadas com base em critérios de utilidade/necessidade, desprovidas de um conteúdo ético subjacente.

Sustentam Conde e Arán que, malgrada a autonomia absoluta do Direito Penal na produção dos efeitos que lhe são próprios, não podem estes serem usados de qualquer forma, em largura e intensidade, na tutela de bens jurídicos. O princípio da intervenção mínima vaticina que os ditos bens jurídicos devem ser protegidos pelo direito penal, mas também do direito penal. Desta feita, se o restabelecimento da ordem jurídica afrontada se torna possível com medidas administrativas ou civis, estas são as apropriadas, descartadas as alternativas penais.

Conclui-se que a distinção entre a intervenção penal e a administrativa na tutela da ordem econômica situa-se quase que exclusivamente na natureza política da sanção cominada em cada um dos setores. É meramente formal, portanto, a distinção entre os setores de atuação, notadamente em razão da estrutura de poder encarregada da aplicação da sanção.

A conclusão da presente tese não é pela absoluta impossibilidade de aplicação de conceitos da teoria geral do delito ao direito penal econômico, mas pela inviabilidade de aceitá-los sem maiores digressões doutrinárias e sem as necessárias adaptações. Ademais, a questão da legitimidade não está – e nem poderia estar – afastada dos debates sobre o direito penal econômico e sua análise é indispensável ao estudo da matéria. Entretanto, intolerável a ideia de que as categorias dogmáticas lhe seriam aplicáveis sem quaisquer questionamentos ulteriores, mormente quando se trata do erro de proibição e do conteúdo da cognoscibilidade necessária à reprovação penal.

De há muito a doutrina penal vem tratando da distinção entre os *delicta in se* e os *delicta mere prohibita* para significar o *discrimen* entre os crimes com conteúdo ético auferido da comunidade e aqueles crimes de mera proibição e natureza utilitarista. Ocorre que a referida distinção não é meramente acadêmica ou estética. Várias e importantes são as repercussões dela advindas, especialmente no que tange à teoria do erro de proibição.

A escolha pelas expressões latinas em destaque deve-se à influência dos ensinamentos de Augusto Silva Dias. Esclareça-se que a distinção pretendida, apesar de viável, não está imune a críticas e não é matemática. Ademais, não são coincidentes entre as realidades do direito penal nuclear/secundário e *mala in se e mere prohibita*. A primeira distinção há de ser tomada fundamentalmente em sentido formal, relacionada com a localização topográfica dos tipos penais no Código Penal ou em legislação penal extravagante. A segunda está baseada em critérios materiais respeitantes à determinação do que deve ou não ser considerando crime numa dada sociedade.

No que se refere aos crimes em si, a tipificação é mera conformação legal de condutas indesejadas pelo senso comunitário. Há certos bens jurídicos – vida, integridade física, patrimônio, etc. - que gozam de uma expectativa coletiva de proteção por serem tidos por valiosos e dignos de proteção a priori. O anseio por sua tutela penal emana dos recônditos da coletividade e é colhido pelo legislador, plasmando-o numa figura típica. Na formação destas figuras delituosas, mostra-se uma legítima intervenção do direito penal. Diga-se: do direito penal liberal, cujos contornos foram definidos por influências das ideias iluministas e de proteção do indivíduo, produtor e destinatário final da norma.

Para Augusto Silva Dias, no bojo do Direito Penal moderno, há grupos de incriminações sistematicamente dispersos – no corpo do Código Penal e na legislação extravagante. Ademais, são finalisticamente heterogêneos: uns parecem externar novos atentados contra bens jurídicos individuais tradicionais; outros protegem novos e diferentes objetos jurídicos.

No bojo do direito penal de justiça existe relativo consenso sobre a relevância do valor protegido e o entendimento sedimentado da necessidade de proteção. Por outro lado, no que tange aos crimes do direito penal secundário, inexistente o compartilhamento do mesmo significado de pertença e necessidade de tutela. Ao revés, trata-se de norma penal voltada à tutela do equilíbrio e do funcionamento de um subsistema, independente de qualquer conteúdo ético a priori. Se é certo que é possível distinguir, ao lado de uma zona cinza de incerteza, hipóteses claras de uma e outra modalidade de injusto, tal dificuldade não deve ser obstáculo ao enfrentamento do tema, sob pena do operador do direito se ver manietado no exercício de seu mister. E mais, a análise destas situações de aparente dúvidas não busca apenas alimentar a retórica da doutrina, mas tem uma razão fundamental, qual seja, de melhor interpretar os institutos dogmáticos a elas relacionados.

Diante da distinção *in se e mere prohibita*, necessário analisar e comparar ambos os contextos delitivos mencionados com as referências do Direito Penal, isto é, as estruturas de validade de sua intervenção, de matiz notadamente iluminista, que, ainda nos termos atuais, permanecem válidas, ainda adaptadas aos reclamos da sociedade atual. As estruturas de um direito penal de justiça e os tipos penais a ele referidos possuem uma natureza substancialmente distinta daqueles tipos que buscam reforço às proibições administrativas. De fato, toda a teoria penal foi concebida e desenvolvida tendo por supedâneo as incriminações mais visíveis e sentidas na comunidade, razão pela qual merece esta teoria uma releitura adaptativa quando aplicada a incriminações que traduzem o movimento de funcionalização do direito penal.

A mera positivação de uma conduta como penalmente ilícita não lhe confere eticidade, pois o conteúdo ético não surge do mero atuar formal do legislador. Ao revés, a conduta tipificada recebe as marcas social-valorativas, a racionalidade social, que ela transporta consigo.

Ao desvalor prático-ético de uma conduta corresponde um sentido e uma estrutura de ilícito-típico e de culpa diferentes daqueles atinentes a uma conduta meramente disfuncional do ponto de vista sistêmico. A mesma legitimação não se verifica nas infrações de mera proibição. Nestas, o elemento formal da tipificação é o fundamental para a configuração do crime. A conduta proibida ou fomentada (no caso dos crimes omissivos) não possui uma referência ética suficiente, de modo que o conhecimento de sua proibição não é alcançado por um mero esforço de consciência ou por uma valoração leiga, mas não prescinde do conhecimento da norma legal em si mesma.

Não há como, no processo de socialização secundária, ao cidadão comum, introjetar o sentimento de desvalia da ação e do resultado proibido na hipótese dos *mera prohibita*. Aqui milita o direito penal em um terreno que lhe era inicialmente vedado, mas por ele alcançado por razões de ordem prática, no referido fenômeno expansionista. Simplesmente proibir legalmente uma conduta pode transformá-la em crime, posto satisfeita a exigência constitucional da legalidade, mas não significa conferir-lhe legitimidade penal.

Neste momento, necessário fazer uma observação. Não se está aqui a sustentar que o direito penal de justiça e a legítima intervenção penal dependem da tutela exclusiva de bens jurídicos individuais. Se esta era uma realidade há algumas décadas, hoje a dignidade de bens jurídicos coletivos é ressaltada, de modo que sua tutela pode e deve ser realizada pelo direito penal, observados os princípios constitucionais vigentes, explícitos e implícitos.

Não se descarta da relevância do tipo penal de poluição, insculpido, no ordenamento brasileiro, no art. 54, da Lei n.º 9.605/98 (“Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”). Vê-se que os bens jurídicos tutelados são a saúde humana e a higidez da fauna e da flora, ou seja, bens que gozam de relevo e dignidade para legitimar a intervenção penal incriminadora.

Malgrado produto da expansão penal e do direito penal econômico numa acepção lata, não se pode dizer se tratar de norma inserida no âmbito do direito penal secundário. Ao revés, ainda que tutele bens de feição transindividual, a dignidade deles justifica e legitima a intervenção nos moldes de um direito penal de justiça, com raízes liberais,

O fundamento de validade jurídico-penal, ou melhor, a qualidade que inspira o conceito material de crime, os *delicta in se*, se encontra no racionalismo iluminista. Por um lado, Carmignani concebe os delitos como as ações que contrariam os princípios de ética universal e os princípios do Direito Natural, desde que haja a produção de um dano social. Por outro, Carrara conceitua o delito como uma ação punida em virtude da sua imoralidade própria ou de um dano efetivo. Esta foi a linha fundamental adotada na presente tese, afastando-se, entretanto, o recurso à imoralidade intrínseca das condutas como baliza para o alcance daquele desiderato.

A nota principal na determinação destas incriminações de conteúdo ético compartilhado comunitariamente está na referência à pessoa humana como objetivo de proteção e fundamento de sua validade. Por outro lado, se a norma proibitiva nega ou se afasta-se do referencial mencionado, pode ser entendida como formalmente penal, mas carrega a pecha da funcionalização do direito penal, qual seja, presta-se a mero reforço de proibições administrativas. Ademais, a referência à contingência do conteúdo ético é imprescindível. Malgrado existam valores que se pretendem permanentes ou, ao menos, duradouros, defesa da vida, da integridade física, etc., as distinções espaciais e temporais apresentam fundamental importância na definição do conteúdo ético da incriminação.

Tal análise sobre a configuração do ilícito-típico das duas categorias delitivas demonstram disparidades no plano do desvalor da ação e no do desvalor do resultado e na interpretação dos tipos legais correspondentes. Nos tipos de mera proibição, os bens jurídicos tutelados não apresentam inserção e reconhecimento sociais comparáveis aos *in se*.

Ademais, no âmbito do direito penal, a tarefa interpretativa é mais relevante em função do princípio da legalidade. Diante da gravidade das consequências do Direito Penal, tem-se

que as exigências da legalidade são especialmente estritas para o legislador, que deve ao máximo atender o princípio da taxatividade e evitar a vagueza, abertura e excessiva indeterminação dos conceitos.

A mais relevante consequência da distinção entre *in se* e *mere prohibita* até os dias atuais volta-se à elaboração de uma verdadeira teoria da justiça criminal por meio da determinação de um conceito material de delito que se entenda anterior à atividade legiferante e estabelecer os limites do que pode ser legítima e autenticamente punível. Deve-se ainda pontuar que, quanto ao desenvolvimento da teoria geral do delito, todas as categorias desenvolvidas miram o direito penal primário. Com respeito às características deste é que delinearão institutos como a regra de territorialidade, a conduta humana – pedra angular da ação delituosa, autoria e participação e culpabilidade.

Entretanto, os delitos econômicos não serviram de modelo ou ponto de referência para as complexas construções dogmáticas da Teoria Geral do Delito, até porque sua autenticidade sempre foi motivo de controvérsias, em face da artificialidade que lhe é inerente. Ocorre que, nos últimos tempos, esta situação se modificou, pois a atenção da doutrina, além de se dirigir aos crimes tradicionais, também agora se lança sobre setores do Direito Penal que lograram adquirir relevância recente e, ademais, são objeto de complexas regulamentações legais não redutíveis aos modelos legais já clássicos. Por outro lado, a responsabilização penal do ente moral nos delitos ambientais, ainda que se aplique, por força da jurisprudência dominante do STJ, a teoria da dupla imputação importa em flagrante ruptura do conceito jurídico-penal de conduta como ação humana orientada a determinados fins.

Ainda mais interessante é a questão da culpabilidade e sua inaplicabilidade às pessoas jurídicas. Tida como reprovação pessoal do agente que, a par de ter a consciência da antijuridicidade de sua conduta, opta por agir contra a norma, tais características impedem que se faça um juízo de reprovação de um ente coletivo que possui mera existência ficta.

Tem-se por princípio geral a afirmação de que inexiste pena sem culpabilidade e aquela determina a medida da pena. Sob esta base reside a vedação da responsabilidade objetiva pelo resultado.

Por outro lado, o núcleo da análise mais moderna da culpabilidade está centrado na liberdade do homem. Somente se justifica a teoria welzeliana da culpabilidade a partir do dogma da liberdade de decisão do homem. Desta maneira, a questão da liberdade de atuação e decisão poderia ser cindida em duas perspectivas: o problema do livre arbítrio e o problema da capacidade de culpabilidade ou imputabilidade. Parece intuitivo que somente quando houver

liberdade de atuação é que se poderá tratar de culpabilidade e, por consequência, de reprovação em um conceito de direito penal.

O conteúdo material da culpabilidade está na decisão voluntária do agente pelo ilícito e na possibilidade de poder agir de forma diversa. Não se concorda com a posição de Augusto Silva Dias de que o referido poder é, ao mesmo tempo, pressuposto e conteúdo da culpabilidade, mas se aceita a ideia do mesmo autor de que a culpabilidade, no bojo da doutrina finalista da ação, é formada por três elementos distintos: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa

Freudenthal tratou do conceito de inexigibilidade de conduta diversa, a fim de excluir a culpabilidade nas situações não fosse possível demandar do agente um determinado comportamento por este implicar um inadmissível sacrifício. Deste modo, a reprovabilidade dependeria da premissa da liberdade de decisão e, na situação concreta, a opção pela conduta contrária ao direito.

Para Córdoba Roda, no bojo da teoria finalista, a reprovação é um juízo de valor a respeito do agente que não adaptou sua conduta às exigências legais, embora esta adaptação lhe fosse possível no momento da conduta.

O direito brasileiro optou por tratar a questão do erro de proibição pela norma positivada no art. 21 do Código Penal. Trata-se de opção legislativa pela vigência do princípio da culpabilidade no sistema pátrio. Ademais, o referido dispositivo legal definiu a evitabilidade ou inescusabilidade do erro em função da consciência da ilicitude em sua feição meramente potencial. Plasmou-se ainda a admissão da escusabilidade ou inevitabilidade do erro em razão da falta da consciência potencial da antijuridicidade.

Adotou-se, consoante a exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal, a teoria limitada da culpabilidade. Por consequência, no que tange às discriminantes putativas, preservou-se a tradição pátria para admitir a forma culposa. Dito regramento é fruto de complexa evolução dogmática e jurisprudencial no país e no direito comparado. Isto porque a questão do erro de proibição sempre foi tratada com excessivas reservas em função da clássica regra de presunção de conhecimento da lei.

Ainda no século XVIII, os doutrinadores com inspiração romanista viam na Regra de Paulo⁴⁷⁹ em sua literalidade e concluíam, em esmagadora maioria, pela absoluta irrelevância de qualquer erro de direito, nele incluída a falta de consciência da ilicitude em matéria penal.

⁴⁷⁹*Regula es iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti veri ignorantiam non nocere* (D. 22, 6, 9 pr.)

Entretanto, Binding, não sem críticas, defendia que, para o direito penal romano, o conhecimento da norma de direito violada era pressuposto do *dolus malus*.

Admitir um conhecimento da antijuridicidade formal como pressuposto da culpabilidade implicaria, no âmbito do direito penal de justiça, em aumento da impunidade, solução absolutamente inaceitável. Ora, nas figuras delitivas em que há um conteúdo ético expressivo, o sentido da desvalia é reconhecimento pela coletividade em geral, de modo que basta o conhecimento ou sentimento da danosidade social. Por outra banda, exigir o conhecimento da norma legal é tornar o conhecimento da ilicitude acessível apenas aos juristas e à parcela da população que possui o dever de informação para o exercício de uma profissão ou atividade específica.

Neste sentido, o recurso ao esforço de consciência é válido para aquilatar a potencial consciência da ilicitude em situações específicas em que as condutas tipificadas apresentam relevante conteúdo ético. O Código Penal alemão entendia-o como a utilização de todas as representações morais de valor, unidas a todas as forças espirituais de conhecimento, à tensão das forças da compreensão com a reflexão, informações e conhecimento necessários. No bojo da atividade intelectual, o esforço de consciência importa no reconhecimento de um sentido ético da conduta já anteriormente introjetado pelo sujeito. Entretanto, este critério não tem valia para todos os aspectos da consciência da ilicitude, mas somente para aquelas figuras típicas que representam condutas valoradas como merecedoras de castigo, pois seria possível ao sujeito refletir sobre os valores e obter a consciência da ilicitude. Em outras áreas, desaparece a relevância do esforço de consciência e a reprovação se fundamenta, apenas, por uma falha intelectual do sujeito que não fez todo o razoável para obter os necessários esclarecimentos e informação sobre a antijuridicidade da conduta.

Mais uma vez, a lição de Augusto Silva Dias indica que a punição sem base na experiência dividida de dano e de ampla e difundida consciência da lesão representa uma afronta aos princípios da culpabilidade e da confiança. Não sendo possível perceber a ofensa, não haverá à disposição do agente a necessária informação para a atribuição da culpabilidade.

A tipificação de comportamentos que não representam relevante ofensa acabam por prejudicar a percepção dos cidadãos e dificultar a difusão da informação indispensável para a legítima reprovação penal. Um erro sobre a ilicitude ocorre quando o agente não atinge a apreensão do desvalor do fato porque intercede (por razões imputáveis ao sujeito ou não) uma diversa valoração. Ainda que fosse possível ao agente conhecer o desvalor penal do fato e a ilicitude da sua conduta, não logrou alcançar o significado e agiu em contrariedade ao direito.

São variegados os tipos penais em que ilícito típico é materializado de maneira forte, em razão da efetiva ofensa ao bem jurídico ou pela configuração ética do comportamento. Em outro viés, há tipos penais que revestem maior grau de formalização, acessório em relação à previsão de natureza administrativa, a qual define os âmbitos de permissão e proibição da conduta. Tal discrepância é produto da necessidade de se prever tipos penais para a tutela de bens jurídicos não vinculados diretamente às necessidades mais básicas dos tutelados, mas a subsistemas socioeconômicos que lograram projeção em momento histórico mais recente. O esforço de informação e reflexão, sem dúvida, possui grande relevância quando se está diante de tipos penais que encerram conteúdos éticos socialmente conhecidos e aceitos

Em regra, o instrumental da imputação penal e da culpabilidade defluem do Direito Penal primário, desenvolvidos sob o influxo iluminista, e se adaptam muito melhor às espécies delituosas clássicas do que às espécies normativas integrantes do direito penal econômico. O mesmo acontece com o dolo e a consciência da antijuridicidade. Uma larga quantidade de delitos suscitam a análise da consciência da ilicitude, o que revela, no âmbito do direito comparado, heterogeneidade nas respostas oferecidas, desde a absoluta irrelevância até a total relevância, passando por estados de relevância ou irrelevância relativa, do problema da consciência da ilicitude para a aferição da culpabilidade do agente.

Especificamente, no bojo do direito penal econômico, a maioria dos tipos são proibições de natureza formal, sem conteúdo ético relevante, a exemplo do artigo 69, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Ora, o conhecimento da norma penal exemplificada não está ao alcance dos cidadãos em geral pelo simples processo de socialização, qual seja, pela obtenção de conhecimentos e de funções direta ou indiretamente calcadas na divisão do trabalho. Ao agente comum, não ligado diretamente às demandas da publicidade ou da prestação de serviços ou produtos ao consumidor, parece impossível adquirir a consciência do sentido da proibição acima exposta, salvo através do conhecimento formal da norma legal proibitiva.

O desenvolvimento da teoria do erro implica no realce distinção romana entre os crimes ditos naturais e os meramente legais ou civis, inferindo-se que o *error iuris naturalis* ou *quasi naturalis* seria indesculpável e o *error iuris civilis* escusaria sempre que fosse escusável, ou seja, invencível. Defender uma teoria do erro de proibição homogênea e com idênticos resultados para crimes em si e crimes de mera proibição significa descurar da noção de culpabilidade.

Como adverte Muñoz Conde, nos delitos artificiais, sobretudo os crimes fiscais, nos quais a atuação do agente que descumpre, por exemplo, seus deveres tributários e atua com erro vencível, demanda uma maior compreensão, que pode levar mesmo à impunidade de seu comportamento culposo, ainda que mantidas as sanções de natureza administrativa.

Entende-se não ser possível a aplicação dos institutos dogmáticos elaborados com base no direito penal primário ao direito penal secundário sem ajustes e críticas necessárias. Não se trata aqui de instituir privilégios e apregoar leniência à repressão dos crimes econômicos, mas de assumir um compromisso científico de revisitação de institutos forjados em circunstâncias históricas específicas e a partir dos influxos do direito penal nuclear.

O erro escusável ou inevitável é mais disseminado no âmbito do direito penal especial, pois o cidadão ordinário possui maiores dificuldades na identificação do injusto concreto, assim como mesmo os profissionais da área desconhecem a absoluta integralidade das incriminações existentes. Por outro lado, no que concerne ao direito penal comum, avultam os erros evitáveis, salvo quando inexistente razão para análise da juridicidade da conduta. Informam as regras de experiências que é usual atribuir relevância ao erro quando se trata de normas ditas artificiais ou eticamente indiferentes, mas o tratamento é distinto quando o erro se refere a normas constituintes do núcleo da sociedade.

Entretanto, o fenômeno de regulação econômica por meio de normas penais impõe uma mudança de perspectiva, pois a complexidade técnica e a indeterminação destas são suas características marcantes, a ensejar uma espécie de compensação do ponto de vista subjetivo, conferindo-se maior relevância ao erro do sujeito sobre a norma. Com efeito, grande é a repercussão sobre a teoria do erro de proibição da distinção apontada entre *in se* e *mere prohibita*, centrada nos limites da legítima intervenção do direito penal, no conceito material de crime, bem como no consenso acerca dos valores sociais a serem protegidos das ofensas mais gravosas. O expansionismo penal sobre áreas antes por ele intocadas gera uma proliferação de *delicta mere prohibita*, o que repercute sobretudo no redimensionamento do princípio do *error juris nocet*.

Assim, chega-se à conclusão de que a solução da problemática relativa ao erro de proibição não pode – e nem deve – ser homogênea, pois vinculada ao contexto do sentido social do comportamento. Ao lado de condutas lastreadas em representações ético-sociais correntes, outras há destituídas daquela qualidade. Por consequência, nas hipóteses de delitos de *mere prohibita*, a presença da consciência da ilicitude, para fins de culpabilidade, não prescindiria do conhecimento da própria norma formal incriminadora. Isto porque não se pode

exigir do agente o conhecimento de valoração leiga do conteúdo incriminador quanto este está apartado das valorações ético-sociais vigentes.

No que respeita à pesquisa sobre as decisões do Superior Tribunal de Justiça, além de escassas as decisões sobre o tema, aquelas encontradas e colacionadas na presente tese tratam da matéria apenas de forma marginal. Ademais, inexistem nestas considerações sobre a questão do erro de proibição e os crimes em si e de mera proibição, o que denota a pouca preocupação dos julgadores na discussão, nos casos concretos, de tema tão relevante.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

AFTALIÓN, Enrique F. **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.
 AGOSTINHO, Santo [Aurelius Agustinus]. **Diálogos sobre o Livre Arbítrio**. Tradução e introdução de Paula Oliveira e Silva. Lisboa: 2001.

_____. **O livre arbítrio**. Trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo, Patrística, 1995.

ALMADA, Leonardo Ferreira. **Sentido ontológico do mal em Santo Agostinho**. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2005. Orientador: Luiz Alberto Cerqueira. Dissertação (mestrado) - UFRJ/IFCS/Programa de Pós-graduação em Filosofia, 2005.

AMBOS, K. Da Teoria do delito de Beling ao conceito de delito no direito penal internacional. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 16, n. 3, p. 363-384, jul./set. 2006.

ANDRADE, Manuel da Costa. “A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei n. 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de 'bem jurídico'”, in **Direito penal económico**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Valhandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. v. 4. In: **Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1973.

ASÚA, Luis Jiménez de. **La ley y el Delicto** – Curso de Dogmática Penal. Caracas: Editorial Andrés Belo, 1945.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal. Parte General**. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1987.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. Madri: Civitas, 1978.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Económico**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva**. São Paulo: Unesp, 1997.

BECK, Ulrich. **O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização**. Trad. André Corone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **Políticas ecológicas en la edad del riesgo**. Antídotos. La irresponsabilidad organizada. Barcelona: El Roure Editorial, 1998.

BELING, Ernest von. **Esquema de Derecho Penal – La Doctrina del Delito-Tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Tradução direta do alemão por Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: B de F, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. “A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 136, out-dez. 1997.

_____. “Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro”. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento em Recurso Especial nº 434708/GO. Agravante: João Carlos Patella. Agravado: Cláudio Souza Argondizo. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 3 de fevereiro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no Recurso Especial nº 1419621/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Flavio Santanna Candido. Recorrido: Raimundo Barreto da Silva. Relator: Sebastião Reis Junior. Brasília, 17 de dezembro de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, 03 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento nº 356220/RS. Agravante: João Carlos Patella. Agravado: Cláudio Souza Argondizo. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 21 de novembro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 fev. 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 135415/SP. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3.^a Região. Paciente: Abu Bakar Raji. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 15 de setembro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 3 out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 152144/ES. Impetrante: Thiago Piloni. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Paciente: Anselmo Ventura. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 28 de junho de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 1 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 203857/AC. Impetrante: Valdir Perazzo Leite. Impetrado: Tribunal de Justiça do Acre. Paciente: Roberto Barros Filho. Paciente: Roberto Barros Júnior. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 6 de março de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 20 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 297447/RS. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Abraao Zaboenco. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 6 de novembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 297450/RS. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Edmilson Hoffmann de Lima. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 21 de outubro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 29 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 575684/SP. Recorrentes: Joaquim Andrade Gomes, Carlos Humberto Rodrigues, Paulo Fernando Falkenhoff Moreira, Plínio Bosquetti e Denizar Azevedo. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Relator para Acórdão: Ministro Paulo Medina. Brasília, 4 de outubro de 2005. **Diário da Justiça Eletrônico**, 04 dez. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 946653/RJ. Recorrentes: Ministério Público Federal, Artur Osório Marques Falk e Pedro Goes Monteiro de Oliveira. Recorridos: os mesmos. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 2 de junho de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 23 abr. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1199497/DF. Recorrentes: Marcelo Carvalho Amorim. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 7 de agosto de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 14 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950. Requerente: Confederação Nacional do Comércio - CNC. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 3 de novembro de 2005. **Diário da Justiça Eletrônico**, 2 jun. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 3.512. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 15 de fevereiro de 2006. **Diário da Justiça Eletrônico**, 23 jun. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2.559/MG. Autor: Ministério Público Eleitoral. Investigado: José Saraiva Felipe. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 18 de agosto de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 fev. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 76689/PB. Impetrantes: Antonio Carlos Monteiro e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Pacientes: Wilson Furtado Roberto e Luiz Alberto Leite Filho. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 22 de setembro de 1998. **Diário da Justiça Eletrônico**, 6 nov. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79399/SP. Impetrantes: Francisco de Assis Toledo e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Pacientes: Valdir Menutole e outros. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 26 de outubro de 1999. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 nov. 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80549/SP. Impetrantes: Alberto Zacharias Toron e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Regina Lúcia

Ottaiano Losasso Serva ou Regina Lúcia Ottaiano Lozasso Serva. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 20 de março de 2001. **Diário da Justiça Eletrônico**, 29 mar. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 114723/MG. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Roberto Remaclo Rodrigues. Relator: Ministro Teori Zavascky. Brasília, 26 de agosto de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 205193/RS. Recorrentes e recorridos: Caixa Econômica Federal – CEF, André Lempek e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 25 de fevereiro de 1997. **Diário da Justiça Eletrônico**, 6 jun. 1997.

_____. Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Apelação Criminal nº 2002.04.01.006790-2/SC. Relator: Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro. Apelantes: Ministério Público Federal e Pedro Vicente. Apelados: os mesmos. Relator: Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro. Brasília, 13 de dezembro de 2006. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 jan. 2007.

_____. Tribunal Regional Federal da 5.^a Região. Apelação Criminal nº 0010056-77.2004.4.05.0000/CE. Apelantes: Ministério Público Federal. Apelados: Zenaide Cardoso da Silva e outros. Relatora: Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira (Substituta). Brasília, 13 de dezembro de 2006. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 dez. 2005.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Da Consciência da Ilicitude no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

C.E. PALIERO. “**Minima non curat praetor**”- **Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari**”. Padova, Cedam, 1985.

CAMARGO, Chaves de. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral, Volume 1**. São Paulo: Saraiva, 1956.

CARVALHO, Américo Alexandrino Taipa de. **Constitucionalidade sócio-cultural do direito penal: análise histórica. Sentido e limites**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1985.

_____. **Direito Penal**. Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Cerezo Mir, José. **Curso de derecho penal español**. Parte General. Montevideu: B de f, 2008.

_____. **Curso de derecho penal español**. Parte general, II, Teoría jurídica del delito. 6. ed., Madrid: Tecnos, 1998.

_____. **Derecho penal**. Parte General. Buenos Aires: B de f, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Violência Institucional. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. 28.

_____. **Direito Penal** – Parte Geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____. **O direito penal do inimigo** – ou o discurso do direito penal desigual. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso em: 02/02/2015.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2. edición. Montevideo-Buenos Aires : Editorial B de F., 2003.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**. Parte General. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanc libros, 2010.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. v. I. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Direito Criminal**. v. II. Coimbra: Almedina, 1988. CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. “Direito penal e direito de mera ordenação social”, in **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 49 (1973), p. 257 a 284.

COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário. **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. **Noções Fundamentais de Direito Penal** (Fragmenta iuris poenalis). Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COSTA, José de Faria. **O fenômeno da globalização e o direito penal econômico**. Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Augusto Silva. << Delicta in Se>> e << Delicta Mere Prohibita>> **Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 167.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DOHNA, Alexander Graz Zu. **La ilicitud como característica general em el conteúdo de las acciones punibles**. Trad. Faustino Ballvé. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2000.

ETCHEBERRY, Alfredo. Objetividade jurídica do delito econômico. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, p. 99-107, jul./set. 1964.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Cuestiones acutales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de f, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madri: Trotta, 1999.

_____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo. Editora Atlas. 1993.

FEUERBACH. Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Direito penal econômico e direito penal dos negócios”, in **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 33 (1982).

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GALEANO, Eduardo. **Espejos: Uma historia casi universal**. Montevideo/Uruguay: Ediciones Del chanchito, 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Interpretação da lei: espécies e resultados**. In: Introdução ao estudo do direito. 16. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1984.

HASSEMER, Wilfried; MUÑOZ CONDE, F. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. **Uma teoria social do bem jurídico**. Tradução de Luis Greco. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 87, 2010.

JAKOBS, Günther. **Moderna Dogmática Penal**. Estudios Compilados. 2. ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

_____. **Tratado de Direito Penal Alemão**. vol. 1. Tradução José Higino Duarte. Campinas, São Paulo: Russel Editores, 2003.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos do Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1985.

LUZÓN-PEÑA, Diogo Manuel. **Curso de Derecho Penal**: Parte General I. Madrid: Universitas, 1996.

MANTOVANI, Ferrando. **Principi di diritto penale**. Padova: Cedam, 2002.

MAYER, Max Ernest. **Derecho penal**. Parte general. Buenos Aires, B de F, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Tratado de Derecho Penal**. T. II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. 9. Ed. Buenos Aires: B DE F, 2004.

MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, p. 90-121, jan./jun. 1982.

PIMENTEL, Manuel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Erro e Consciência da Ilicitude em Infrações contra o Mercado de Valores imobiliários. **Direito Penal Económico e Europeu**: Textos Doutrinários. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste**: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional. p. 14. Disponível em <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>. Acesso em 18/02/2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuricidad en la teoria del delito**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1962.

_____. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1993.

_____. Finalismo: um balanço de seus méritos e deficiências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 65. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 19.

RUBIN, Daniel Sperb. **Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730>. Acesso em 29/03/2015.

SALDANHA, Nélon. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Ainda a expansão do direito penal**: o papel do dolo eventual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 64, 2007.

SETTON, Maria da Graça Jacinto. **A particularidade do processo de socialização contemporâneo**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702005000200015&script=sci_arttext. Acesso em 16/05/2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SOLER, Sebastián. El llamado derecho penal económico, in **Revista Mexicana de Derecho Penal**, n. 17 (1975).

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito** (variações e tendências). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TIEDEMANN, Klaus. **Derecho penal y nuevas formas de criminalidad**. (Traducido por el profesor Manuel Abanto Vásquez). 2. ed. Lima: Editorial GRIJLEY, 2001.

_____. **Lecciones de derecho penal económico**: comunitario, español, alemán. Barcelona: PPU, 1993.

_____. **Poder Economico y Delito**. Barcelona: Ariel Derecho, 1985.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Erro de tipo e erro de proibição no projeto da reforma penal**. RT, 578/290.

TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Culpabilidade e a problemática do erro jurídico penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 517/251, nov. 1978.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 4. ed. Tradução Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Estudios de Derecho Penal**. Madri: Editora B de F, 2005.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal**: aspectos fundamentais. Parte Geral. Trad: Juarez Tavares da 5ª Ed alemã. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1996.