

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Matheus Henrique Santos Ferreira

A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO:
O caráter elementar dos tipos penais econômicos na busca da exigência do dolo através das
técnicas de remissão normativa

Belo Horizonte
2022

Matheus Henrique Santos Ferreira

A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO:

O caráter elementar dos tipos penais econômicos na busca da exigência do dolo através das técnicas de remissão normativa

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Henrique Viana Pereira

Linha de pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Belo Horizonte
2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F383c Ferreira, Matheus Henrique Santos
A consciência da antijuridicidade no Direito Penal Econômico: o caráter elementar dos tipos penais econômicos na busca da exigência do dolo através das técnicas de remissão normativa / Matheus Henrique Santos Ferreira. Belo Horizonte, 2022.
198 f.

Orientador: Henrique Viana Pereira
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito penal econômico - Brasil. 2. Ilegalidade. 3. Consciência (Ética). 4. Culpabilidade. 5. Dolo (Direito penal). 6. Crime econômico. 7. Bem jurídico. 8. Tipo penal. I. Pereira, Henrique Viana. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.53

Matheus Henrique Santos Ferreira

A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO:

O caráter elementar dos tipos penais econômicos na busca da exigência do dolo através das técnicas de remissão normativa

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Henrique Viana Pereira

Área de concentração: Intervenção Penal e Garantismo.

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira (Orientador)

Prof. Dr. Giovani Clark – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Júlio César Faria Zini – UFMG (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 25 de Fevereiro de 2022.

Aos meus pais amados, Adilson (*In memoriam*) e Fátima,
“*Consagre ao Senhor tudo o que você faz, e os seus
planos serão bem sucedidos*”.
Provérbios 16:3

RESUMO

No presente trabalho buscou-se analisar a exigência do dolo e a consciência da antijuricidade sobre normas penais de cunho econômico. Ao se fazer a análise dos institutos, verificou-se o erro jurídico-penal colocado frente às normas do Direito Penal Econômico, as quais, não raramente, apresentam tipos penais mais complexos do que os previsto nas normas do Direito Penal clássico. Em razão do aumento da complexidade das normas penais a partir do desenvolvimento de uma sociedade de risco, a doutrina passou a se dividir em relação a abordagem do erro jurídico-penal. O erro, no campo do Direito Penal Econômico, foi analisado a partir do ordenamento jurídico brasileiro vigente, sem pretensão de sugerir alterações na atual legislação.

Palavras-chaves: Antijuricidade. Consciência. Culpabilidade. Crimes Econômicos. Direito Penal Econômico. Erro jurídico-penal.

ABSTRACT

In the present work, we sought to analyze the requirement of intent and the awareness of the anti-legality of criminal rules of an economic nature. When analyzing the institutes, it was verified the legal-criminal error placed before the norms of the Economic Criminal Law, which, not rarely, present penal types more complex than those foreseen in the norms of the classic Criminal Law. Due to the increase in the complexity of penal rules from the development of a risk society, the doctrine began to be divided in relation to the approach to legal-criminal error. The error, in the field of Economic Criminal Law, was analyzed based on the current Brazilian legal system, with no intention of suggesting changes to the current legislation.

Keywords: Anti-legality. Conscience. Guilt. Economic Crimes. Economic Criminal Law. Legal and criminal error.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O DIREITO PENAL ECONÔMICO	13
2.1. Da criminologia à política criminal: os estudos do Direito Penal Econômico	16
2.2. A dogmática jurídica do Direito Penal Econômico	19
2.3. Uma sociedade de riscos e a criminalidade econômica (macrocriminalidade)	26
2.4. Os crimes de perigo e sua posição nos tipos penais interpretados pela doutrina .	32
2.6. Desvalor da ação e desvalor do resultado na antecipação da tutela penal	40
2.6. O bem jurídico-penal supraindividual relacionado aos valores ético-sociais do finalismo	43
3. CULPABILIDADE	52
3.1. A culpabilidade como elemento da teoria do delito	54
3.2. Do conteúdo psicológico ao normativo puro da culpabilidade	56
<i>3.2.1. Teoria psicológica da culpabilidade</i>	57
<i>3.2.2. Teoria psicológico-normativa da culpabilidade</i>	59
<i>3.2.3. Teoria normativa pura da culpabilidade</i>	63
3.3. A culpabilidade como realização do injusto apesar de idoneidade para ser destinatário de normas	66
4. CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NO INJUSTO PENAL ECONÔMICO 68	
4.1. A formação e definição da consciência da antijuridicidade e a ideia do injusto penal	68
4.2. A relação entre ilicitude, antijuridicidade, antinormatividade e o injusto penal .	74
4.3. O princípio da legalidade e a tipicidade penal econômica: um recurso da técnica de reenvio normativo	81
4.4. Os tipos penais abertos e a estrutura dos elementos que o compõem	90
<i>4.4.1. Norma penal em branco</i>	93
<i>4.4.2. Os elementos normativos do tipo</i>	98

4.4.3. Os elementos do dever jurídico (avaliação global do fato de Roxin).....	104
4.4.4. A assessoriedade administrativa (administrativização do Direito Penal).....	110
4.5. A relação do tipo penal e ilicitude na formação da tipicidade.....	117
4.5.1. Teoria da ratio cognoscendi da ilicitude de Mayer.....	117
4.5.2. Teoria da ratio essendi da ilicitude de Mezger	121
4.6. Classificação da antijuridicidade	128
4.6.1 A antijuridicidade formal e material	129
4.6.2. A antijuridicidade objetiva e subjetiva	132
4.6.3. A antijuridicidade geral e específica	134
4.7. O objeto da consciência da antijuridicidade	135
4.7.1. A ordem social e os valores morais como objeto da consciência	136
4.7.2. A punibilidade como objeto da consciência	139
4.7.3. Posição intermediária	140
4.8. A potencial consciência da antijuridicidade na teoria normativa pura da culpabilidade	142
5. O TRATAMENTO DO ERRO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO	145
5.1. A dicotomia do erro de fato e erro de direito: um panorama histórico da natureza e efeitos na doutrina sobre o elemento cognitivo (dolo) dos tipos penais.....	145
5.2. O tratamento jurídico penal do erro nas teorias do dolo e da culpabilidade.....	152
5.2.1. Teoria extremada do dolo.....	152
5.2.2. Teoria limitada do dolo	154
5.2.3. Teoria extremada da culpabilidade.....	155
5.2.4. Teoria limitada da culpabilidade	158
5.3. O erro de proibição.....	160
5.4. Espécies do erro de proibição conforme a doutrina penal.....	164
5.4.1. Erro de proibição direto	164
5.4.2. Erro de proibição indireto.....	165
5.4.3. Erro mandamental	165

5.5. Erro de proibição escusável e inescusável	166
<i>5.5.1. As formas de (in)evitabilidade do erro de proibição no Direito Penal Econômico</i>	<i>167</i>
5.6. O tratamento jurídico-penal do erro nas técnicas de reenvio do Direito Penal Econômico.....	173
<i>5.6.1. O erro sobre as normas penais em branco.....</i>	<i>173</i>
<i>5.6.2. O erro sobre os elementos normativos do tipo</i>	<i>176</i>
<i>5.6.3. O erro sobre os elementos do dever jurídico (valoração global do fato)</i>	<i>178</i>
<i>5.6.4. O erro sobre a assessoriedade administrativa</i>	<i>181</i>
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	186
REFERÊNCIAS	190

1. INTRODUÇÃO

Os delitos econômicos, a despeito de inseridos no ordenamento jurídico-penal, apresentam peculiaridades que, por vezes, implicam em maiores dificuldades de aplicação e análise dos conceitos dogmáticos que funcionam adequadamente ao direito penal clássico. Além disso, a complexidade inerente ao Direito Penal Econômico exige maior atenção para as premissas necessárias para a responsabilização penal.

Dentre todas as análises dogmáticas que envolvem o Direito Penal Econômico, a consciência da antijuridicidade e, conseqüentemente, o erro de proibição é um dos pontos mais controversos e nebulosos, tendo em vista que, em regra, não há coincidência entre os valores tutelados pelo Direito Penal Econômico e, também, a estrutura dos tipos penais, o que implicam em grandes obstáculos para a afirmação da culpabilidade ao agente.

Nesse contexto, verifica-se a necessidade de questionar o elemento da consciência da antijuridicidade no âmbito do Direito Penal Econômico.

No que tange aos delitos econômicos, será verificada a fundamentação doutrinária quando avalia a consciência da antijuridicidade a partir do critério de relação entre tipicidade. Esse ponto motivou o início da pesquisa, que se desenvolverá em quatro momentos, correspondentes aos quatro capítulos do desenvolvimento.

No primeiro capítulo do desenvolvimento será analisada a dogmática, no contexto do Direito Penal Econômico. A intensa evolução enfrentada pela sociedade contemporânea desde o final do século XX, em virtude do acentuado desenvolvimento tecnológico e industrial inerente ao mundo globalizado, afetou profundamente o Direito Penal. Tais transformações sociais ocasionaram o surgimento de novos interesses dignos de tutela, o que importou uma alteração de paradigma, passando-se dos delitos tradicionais, essencialmente crimes de dano, geralmente comissivos e caracterizados pela tutela de bens jurídicos individuais, a novas hipóteses de incidência da lei penal, marcadas por crimes de perigo, omissivos, com tutela de bens jurídicos difusos. Evidencia-se, portanto, um crescente movimento de expansão do Direito Penal, que passa a alcançar espaços antes disciplinados, exclusivamente, por outros ramos do Direito, sobretudo o Direito Administrativo.

Sob o enfoque de um Direito Penal de regras mais complexas, dentro de um prisma expansivo, com o incremento e criação de novas modalidades ilícitas, tipos abertos e, por fim, a utilização de condutas de perigo, é que se inicia a pesquisa. Pretende-se desenvolver, ao longo do trabalho, se o instituto do erro, estudado no Direito Penal clássico está apto a enfrentar as novas modalidades ilícitas ou, se o Direito Penal Econômico possa ser tão

autônomo ao ponto de ter em sua essência princípios e regras distintas no tratamento da nova dogmática jurídica.

No segundo capítulo do desenvolvimento será analisada a culpabilidade, mais especificamente enquanto categoria autônoma do conceito de delito. Foi traçado todo o seu contexto histórico, desde o surgimento, com a concepção causalista da ação, passando por sua concepção puramente psicológica, para após começar agregar elementos normativos, o que conduziu, ao final, a caracterização da culpabilidade somente na concepção normativa pura, presente no finalismo e, com a qual até o momento atual se trabalha e estuda.

Por isso, é que no segundo capítulo, antes de adentrar no capítulo da consciência da antijuridicidade, é traçado um ponto de partida para afirmação da liberdade e da culpabilidade enquanto poder agir de outro modo. Após, será então avaliada toda a formatação da consciência da antijuridicidade no injusto penal econômico, que muito embora não tenha uma consciência da antijuridicidade própria, submetendo-se à conceituação geral, encontra dificuldades particulares.

Logo, no capítulo seguinte, serão definidos os critérios para a constatação da consciência da antijuridicidade. Serão destacados os elementos que compõem os tipos penais econômicos, como: a norma penal em branco, o elemento normativo do tipo, o elemento do dever jurídico (ou valoração global do fato) e a assessoriedade administrativa. Por fim, pretende-se delimitar quais os objetos da consciência da antijuridicidade. Assim, a complexidade gerada a partir de tais técnicas legislativas acaba por dificultar à compreensão daqueles a quem a norma é dirigida, de forma que, não raro, podem incidir em erros.

No último capítulo do desenvolvimento, será feita exposição para tentar solucionar o problema enfrentado, com base em pesquisas doutrinárias.

Assim, com o trabalho pretende-se abordar o instituto do erro frente ao Direito Penal Econômico, para verificar se a abordagem do erro conforme realizada no Direito Penal clássico é eficiente para analisar as hipóteses de erro quando incidentes em normas de Direito Penal Econômico. Será observada, inclusive, a possibilidade de reconhecimento de elementos subjetivos do tipo, que necessitam do conhecimento da norma proibitiva para que possam ser contemplados. Haja vista, que, o tratamento do erro sobre as técnicas de reenvio normativo é extremamente controvertido na doutrina se comparado ao Direito Penal clássico.

O trabalho não visa esgotar o tema acerca dos erros no Direito Penal Econômico, objetivando, tão somente, abordar a controvérsia acerca da incidência dos erros, seja de tipo, como alguns autores sugerem, seja de proibição nos crimes econômicos.

Com relação à metodologia para a pesquisa, pretende-se delimitar o problema, expondo as características próprias do Direito Penal Econômico; apresentar o instituto da consciência da antijuridicidade e seu alcance às normas extrapenal; verificar a formulação em alguns tipos penais no que couber de possíveis contribuições às discussões apresentadas e, por fim, uma análise crítica e tomada de posição a partir de análise da doutrina.

2. O DIREITO PENAL ECONÔMICO

A vida em sociedade minimamente organizada exige a existência de um complexo de normas que disciplinam o convívio entre os indivíduos que a compõem, partindo desse raciocínio de que o ser humano sempre viveu em permanente estado de associação, em busca do atendimento de suas necessidades básicas, e que desde os primórdios violou regras de convivência, surgiu de sua necessidade de aplicação de sanções para coibir estas violações.

Para uma melhor compreensão é assinalado os ensinamentos de Ricardo de Brito que:

A abordagem histórica do Direito Penal é necessária à compreensão dos sentidos e fundamentos dos institutos penais, permitindo e facilitando um melhor conhecimento do direito vigente e contextualizando sua exegese em cada momento histórico vivido pelas sociedades¹.

Nesse espeque, antes do descobrimento do Brasil, enquanto dominava a civilização primitiva, adotavam-se a vingança privada², sem uniformidade nas reações penais. No tocante às formas punitivas, predominavam as penas corporais, sem emprego da tortura, não havia uma autêntica organização jurídico-social, mas apenas regras consuetudinárias (*tabus*), comuns ao mínimo convívio social, transmitidas verbalmente e quase sempre dominadas pelo misticismo³.

Superado o período primitivo a noção de Direito Penal e conseqüente definição de crime e pena foi se aperfeiçoando na Grécia Antiga inicialmente, pois com a ciência política iniciou-se discussões sobre política, ética, liberdade e justiça, bem como noções e fundamentos do direito de punir e da finalidade da pena, influenciado profundamente a Ciência do Direito⁴. Salienta-se, que, embora essa parte do texto não seja dedicada em reproduzir a evolução histórica do Direito Penal, mas sim, iniciar o marco histórico do Direito Penal Econômico é importante trazer o marco inicial do Direito Penal clássico⁵, haja vista,

¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Razão e Sensibilidade: Fundamentos do Direito Penal Moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p1-4.

² O termo “vingança privada” surge posteriormente à vingança dividida o grupo a que pertencia. Como forma de demonstrar a ligação que existia do homem com sua comunidade, se uma pessoa de determinado grupo era atingida por um grupo estrangeiro, a vingança era coletiva e incidia sobre todo o grupo agressor. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2000, p3.

³ MASSON, Cleber. Direito Penal – parte geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. Método. 2020, p69.

⁴ *Ibidem*. p62.

⁵ Neste trabalho o emprego da palavra “clássico” terá o seguinte significado, quando se fala Direito Penal Clássico, o que se quer dizer? Na verdade, conforme lição de Winfried Hassemer: "Quando se fala de clássico, quer dizer com isso que o objeto indicado situa-se na tradição da filosofia política do Iluminismo. 'Clássico' no Direito Penal não se esgota, como de costume, em uma determinada época ou um determinado número de objetos (...). Segundo este entendimento, o Direito Penal Clássico desenvolve-se pela morte do Direito Penal Natural". HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, n. 18, fev/mar. 2003, p. 146, in

que, essa ciência é a primeira e mais antiga camada da história da evolução do Direito e que seus estágios sofreram mudanças ao longo do tempo até chegar ao que conhecemos como o Direito Penal Econômico.

No cenário atual é fácil perceber que se vive um novo panorama na seara criminal, por um lado é defendido o argumento de expansão do Direito Penal, através da construção de novos tipos penais, a partir de proteção de novos bens jurídicos, que, até então, não existiam no século XX, por outro lado, há uma corrente doutrinária na defesa das garantias constitucionais amparadas pelos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade.

A noção de globalização, sendo uma das causas responsável pelo expansionismo penal, foi capaz de gerar fortes consequências no desenvolvimento da ordem econômica, seja de novas condutas criminosas, gerando novas violências e despertando, dessa forma, a atenção do Estado em prevenir e combater esta nova criminalidade, ou, seja no âmbito das relações econômicas entre países ou interna dentro de um mesmo Estado. E ao tratar de uma perspectiva diferente do Direito Penal, na qual, ocorre em uma sociedade globalizada economicamente e do consumo cria-se uma sociedade de risco, assim, o Direito Penal sofre uma mudança na sua área de atuação tornando-se um Direito Penal de risco e, seus “olhos” se voltam para as macrocriminalidades⁶ e as grandes organizações e não mais somente para o indivíduo e as microcriminalidades.

Eugenio Raúl Zaffaroni analisa o aspecto da globalização influenciando o Direito Penal em duas vertentes, primeiro como sendo uma realidade de poder e, por último funcionando como uma ideologia. Pertinente está em sua lição:

Por tal entende-se: a) uma ideologia e b) uma realidade de poder:

A. Ideologia é o sistema de idéias que quer explicar algo da realidade para nós; Nesse caso, é a ideologia do mercado mundial: uma eliminação irrestrita de barreiras e protecionismo geraria um mercado mundial que se equilibrasse e produzisse um efeito de crescimento planetário (...).

B. A globalização como realidade tem como características próprias, pelo menos as seguintes: dominação por medidas e imposições econômicas; a redução da violência de guerra entre as principais potências e a promoção de conflitos entre alguns dos subalternos; o desempoderamento dos estados-nação; a concentração do poder total nas empresas transnacionais; a produção de desemprego estrutural; A população marginalizada que se desloca da periferia para o centro e entre suas próprias

ORTIZ, Mariana Transchesi. Concurso de agentes nos delitos especiais - 1 ed. São paulo: IBCCRIM, 2011, p. 23.

⁶ A doutrina faz uma diferenciação da criminalidade, em microcriminalidade e macrocriminalidade, entendendo-se a primeira como sendo a criminalidade visível, não organizada, e que diz respeito aos delitos comuns, que ocorrem diariamente em todas as classes sociais, enquanto, que a segunda espécie como sendo uma criminalidade estruturada e pouco transparente “crimes de colarinho-branco”.

exportações sujas para áreas subalternas só retarda os efeitos disso, de violentas erupções sociais ou crises financeiras⁷.

Inclusive, os protagonistas dessa “nova” forma de criminalidade – macrocriminalidade – integram uma parcela da sociedade que se vê a frente de processos de integração e desenvolvimento econômico, gerando prejuízos que, por vezes, imorais, ou seja, não são criminosas, mas que causam danos à sociedade. Assim, o campo de atuação do Direito Penal se amplia, e é sentido em setores socioeconômicos, quais é o Meio Ambiente, o Sistema Financeiro, Saúde Pública, Direitos dos Consumidores, entre outros.

Jesús Maria Silva Sánchez explica sobre o expansionismo:

As principais características da expansão do direito penal se concretizam com a aparição de novos bens jurídicos e aumento de valor experimentado por alguns dos já existentes, aparição de novos riscos, difusão e institucionalização da insegurança, configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, maior identificação social com a vítima, descrédito de outras instâncias de proteção, desse modo aumenta-se um campo fértil à propagação de crimes econômicos⁸.

O Direito Penal da globalização econômica e da integração supranacional será um Direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as regras da imputação e se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais. Nesse ponto, destarte, o direito penal da globalização não fará mais que acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas últimas leis em matéria de luta contra criminalidade econômica, a criminalidade organizada e a corrupção, entre outros⁹.

Conseqüentemente ao cenário de pós-industrialização, revelando uma sociedade globalizada em função da dinâmica apresentada que faz surgir à natureza econômica, da integração supranacional e dos avanços tecnológicos e científicos, embora importe em benefícios exponenciais a coletividade, também traz um sentimento de insegurança, logo, resvalando por vez no Direito Penal¹⁰.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y Sistema Penal en America Latina: De la seguridad nacional a la urbana. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: Revista dos Tribunais. IBCCRIM, n20, 1997, p18-19.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. A expansão do direito penal; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2, ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2013, p19.

⁹ Ibidem. p97-98.

¹⁰ DIAS, Augusto Silva. Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p22.

Nesse ínterim, as consequências da globalização não afeta somente a economia, mas, também influenciando outras áreas como a tecnologia e, porque não a inovação de novos tipos penais. Portanto, as maiorias dos autores que se dispõem em estudar o Direito Penal Econômico concordam em afirmar que esse ramo do direito comporta uma definição complexa, existindo em torno dela uma notável imprecisão conceitual, nesse sentido, busca-se conceitua-lo a partir de uma necessidade de proteção da atividade econômica, isto é, a ordem econômica.

2.1. Da criminologia à política criminal: os estudos do Direito Penal Econômico

A iniciativa da busca de definir o Direito Penal Econômico deu-se início no âmbito da Criminologia, que, segundo a mesma é uma ciência empírica e interdisciplinar que nasceu no final do século XIX na Europa cujo marco teórico científico se inicia com o positivismo criminológico inaugurado por Cesare Lombroso, que até o início do século XX ainda se baseava em paradigmas biológicos ou sociopatológicos, que predisporiam o homem à delinquência.

Ao se preocupar em compreender o delito econômico como comportamento desviante, observa-se o emprego de vários termos para designar a criminalidade econômica, notadamente divergente no que se refere ao seu alcance, visto que, o potencial criminógeno das relações econômicas já era objeto de estudo dos juristas que demonstravam a relação intrínseca existente entre a economia e a criminalidade.

Em meados do século XX os eminentes criminólogos à época já previam o surto de um novo tipo de criminalidade, fomentado pelo mundo dos negócios, que desencadeou evoluções comerciais, informática e a chamada globalização da economia, na qual, teve como origem as transformações tecnológicas e econômicas que a humanidade passou a experimentar nas últimas décadas após a 2ª Guerra Mundial, onde conforme explicado no *item 2.2* foi um período que marcou a intervenção estatal (*welfare economy*) na economia.

Eduardo Viana Neves nos aponta o início dessa discussão dizendo:

A Criminologia saindo do velho continente em direção ao novo mundo, aos EUA, outras foram às explicações para a etiologia do crime, bem como para o controle da criminalidade. A mola propulsora para essa nova perspectiva criminológica foi o grande fenômeno migratório, o crescente desenvolvimento industrial e o êxodo rural experimentado pelos EUA. Esse quadro que, evidentemente, gerou uma desordem social, com o crescimento desordenado das cidades, fez aparecer uma criminalidade até então desconhecida: prostituição, gangsterismo, contrabando de bebidas alcoólicas. Esse novo contexto de criminalidade reclamava outra explicação criminológica para a etiologia do crime, já que a perspectiva positivista não a explicava satisfatoriamente.

À luz desta sintética análise do desenvolvimento das ideias criminológicas, cingirmo-nos à preocupação e aparição daquilo que convencionou-se chamar de

criminologia econômica, especialmente no que se refere à teoria da associação diferencial e ao crime de colarinho-branco¹¹.

Klaus Tiedemann também assinala que as investigações criminológicas levadas a efeito na Alemanha e nos Estados Unidos sinalizam especialmente para o abuso de confiança socialmente depositada no tráfico mercantil, referindo-se os delitos econômicos àquelas condutas que contradizem o comportamento condizente com a imagem de um correto comerciante e que, além de lesionarem interesses individuais, podem colocar em perigo a vida econômica ou a ordem que a regula¹².

Notadamente um dos principais teóricos foi o americano Edwin H. Sutherland - que cunhou o termo “*White Collar Crime*” - contudo, este autor foi influenciado por outro criminólogo, chamado Gabriel Tarde que foi o primeiro a desenvolver a criminalidade em função da origem social, sendo fundamental, nesse processo, o que chamou de “teoria da imitação”. Segundo o próprio autor buscou-se alternativas para a influente perspectiva antropológica do comportamento criminoso. Segundo ele, (v.g., as tatuagens) – uma das marcas do criminoso lombrosiano -, explicar-se-ia não como evidências atávicas ao delito, mas como fruto do convívio em determinados grupos. As incisões figurativas na pele não era um privilégio de *malfaiteurs*, sendo um hábito também cultivado entre militares e, especialmente, marinheiros que travavam contato cada vez maior com povos africanos e polinésios. Isso também valia para inúmeros outros traços imitativos em um grupo, (v.g., os jargões de soldados, operários, advogados, comerciantes, ladrões e assassinos)¹³.

Deste modo, Gabriel Tarde dentro do seu raciocínio antecipou a fundamentação da teoria da Associação Diferencial, considerada uma teoria de consenso, que, logo depois, sendo fonte de inspiração foi desenvolvido por Edwin Sutherland. O comportamento, então, criminoso seria fruto do aprendizado, e não da ideia da imitação. Contudo, de forma minoritária, há quem diga, que, ambos os criminólogos não possuem essa ligação, conforme preconiza Eduardo Viana Portela Neves, “há apenas alguma semelhança entre as explicações.

¹¹ NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: Inovações do Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas, Org. Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: ESMPU, 2011, p49.

¹² TIEDMANN, Klaus. Poder económico y delito. Barcelona: Ariel, 1985, p11.

¹³ TARDE, Gabriel. Lá criminalité comparée, 2 ed. Paris: Félix Alcan, 1890, p43. Segundo Tarde, haveria três grandes leis da imitação: 1ª fator proximidade: os indivíduos imitam os outros na relação diretamente proporcional à intensidade dos contatos e na razão inversa da distância; quanto mais próximo, maior a imitação. 2ª fator hierarquia: a imitação é feita de baixo para cima, os indivíduos das classes mais baixas imitam os das classes superiores; os habitantes de países pobres imitam os dos países ricos; o filho imita o pai; o aluno o professor; as pessoas do interior imitam as da cidade etc. 3ª fator cronológico: quando há uma contradição entre dois modelos de comportamento, o novo substitui o antigo, os homicídios por arma de fogo substituíram os homicídios à faca, os crimes na condução de veículos substituíram os crimes dos carros de tração animal etc.

Pode-se dizer que as teorias partem dos mesmos pressupostos, no entanto, por caminhos diferentes chegam a conclusões semelhantes, mas são, por isso mesmo, diferente”¹⁴.

Apesar dessa divergência doutrinária, a teoria da Associação Diferencial é desenvolvida para explicar como surge o comportamento criminoso. Sutherland; Cressey *apud* Artur de Brito Gueiros Souza diz que:

Segundo o autor, o comportamento criminoso, como qualquer outro, é consequência de um processo que se desenvolve do meio de um grupo social, ou seja, é algo que se produz por intermédio da interação com indivíduos que, no caso, violam determinadas normas. Sendo assim, a causa geral para o delito, em todo o agrupamento social, seria a aprendizagem. Cuidar-se-ia, não de um formal processo pedagógico, mas do resultado do contato com atitudes, valores, pautas de conduta e com definições favoráveis à desobediência da lei¹⁵.

Por conseguinte, a teoria da associação diferencial é um processo de apreensão de comportamentos desviantes, que requer conhecimento para se apoderar de condutas desviantes, e ela desperta os traços da imitação, diferente de Lombroso¹⁶, ninguém nasce já um criminoso, mas a criminalidade “cresce” dentro de cada um devido à má socialização com fins de cometer condutas desviantes.

E esses comportamentos, conforme colocado por Sutherland é fruto do aprendizado, que, então, Álvaro Mayrink da Costa vai explicar dizendo que:

A aprendizagem é feito num processo de comunicação com outras pessoas, principalmente, por grupos íntimos, incluindo técnicas de ação delitiva e a direção específica de motivos e impulsos, racionalizações e atitudes. Uma pessoa torna-se criminosa porque recebe mais definições favoráveis à violação da lei do que desfavoráveis a essa violação. Quando os valores dominantes no grupo são propícios ao cometimento de uma infração, o indivíduo, independentemente de sua classe social ou da sua construção biológica, violará a lei¹⁷.

Nesse sentido, a cultura mais ampla não é homogênea em relação aos crimes, isto, porque o comportamento delinquente não pode ser fundamentado por valores globais e, a partir de Sutherland é possível concluir, que, a Criminologia deixou de associar-se o

¹⁴ NEVES, Eduardo Viana Portela. Crime de colarinho-branco: um enfoque criminológico. In: Revista ANPR Online, n 9, 2009, p6. “Para o autor, as constatações de pensamento implicam reconhecer uma similitude entre o pensamento de Gabriel Tarde e Sutherland, contudo, há uma nodal diferença nas duas teorizações. Para Gabriel Tarde, o criminoso é mero receptor passivo de impulsos delitivos ou não delitivos, não havendo interação ou contribuição para o influenciado. Ao passo que para Sutherland há um necessário processo de comunicação pessoal”.

¹⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Org. Artur de Brito Gueiros Souza, Brasília: ESMPU, 2011, p 111.

¹⁶ Cesare Lombroso escreveu em sua obra “O homem delinquente” afirmando que certos fatores biológicos deveriam ser levados em consideração para aferir o surgimento do crime e do criminoso. As pectos como fronte fugida, zigomas salientes, lábios grossos, mãos grandes, orelhas grandes, insensibilidade à dor, vaidade, crueldade e tendência à tatuagem denotam a pessoa do criminoso. O positivismo lombrosiano é marcadamente de um determinismo biológico, em que a liberdade humana é uma mera ficção. O homem não é livre de sua carga genética e não consegue evitar e lutar contra a sua natureza criminógena e predisposta para o crime. GONZAGA, Christiano. Manual de Criminologia. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p 44-45.

¹⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da. Criminologia. Rio de Janeiro: Ed Rio, 1976, p 129.

delincente com fatores biológicos, sendo, portanto, um fator inerente a todo e qualquer ser humano que vive em sociedade.

No tocante à Política Criminal, esta foi concebida no final do século XVIII, pelos juristas Kleinschrod e Feuerbach, como o sentido filosófico da busca de uma sabedoria para o Estado legiferante. É como se fosse um filtro das inúmeras soluções apresentadas pela Criminologia, como forma de escolher aquelas que sejam as mais viáveis em dado momento histórico e implementá-la legalmente, no combate à criminalidade¹⁸. O processo de criminalização de determinadas condutas sempre deverão passar pela Política Criminal, assim, as escolhas daquilo que será considerado como proibidas passarão pelo crivo do Poder Legislativo e, por fim, tornara-se lei penal.

A Política Criminal pode ser definida como o conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, procura-se neste ponto apresentar a perspectiva que deve seguir o modelo harmonizado de Direito Penal Econômico: se ele deve estar preocupado com o delincente ou com a vítima, já que, na criminalidade econômica transnacional, o agente passivo tende a apresentar certo poder¹⁹.

Portanto, com o incremento da Política Criminal o que se entende de modo genérico de Direito Penal Econômico só foi surgir a partir das experiências das duas grandes guerras mundiais, a destruição por elas causada e os danos às economias dos países envolvidos e de todo o mundo, reforçados pela crise de 1929, que ensejou inúmeras normas jurídicas com medidas de ordenação e direção econômicas que estabeleciam sanções penais e administrativas, em face da necessidade de controlar os preços dos bens econômicos, impulsionariam os Estados a superarem as ideias do liberalismo e avançarem rumo a outro tipo de postura face as atividades econômicas.

2.2. A dogmática jurídica do Direito Penal Econômico

Para uma melhor compreensão do atual contexto da dogmática penal econômica é imprescindível à abordagem histórica permitindo um melhor conhecimento do direito vigente e contextualizando-o pelas sociedades. Dessa forma, as sociedades modernas trouxeram inúmeras mudanças de paradigmas e diversos campos do conhecimento humano. Dentre elas, é no Direito Penal que se encontram muitas destas inovações traduzidas pelo incremento do Direito Penal Econômico e somada essas transformações da humanidade percebe-se que

¹⁸ GONZAGA, Christiano. Ob. Cit. 2018, p32.

¹⁹ DELMAS MARTY, Mireille. Modelos e movimentos de politician criminal. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p5.

muitos impactos como a globalização, além das sociedades de risco foram responsáveis para alterarem a realidade de todos.

As inovações começam no início do século XX que marca o declínio da doutrina liberal-individualista. A constatação de que o excesso de liberdade acarreta consequências econômicas indesejáveis, decorrentes da incapacidade do mercado em gerir e prevenir, de forma autônoma, a concentração capitalista, fonte de problemas como o desemprego, inflação, redução do consumo, do crédito e da renda, v.g., em contradição com a ideia de harmonia entre interesses privados e interesses gerais, provocou movimentos sócio-políticos de repulsa às conclusões liberais: o socialismo e o intervencionismo. Pressupondo a regulamentação da atividade econômica, o intervencionismo se contrapõe ao liberalismo, sem sacrificar o princípio da livre-iniciativa e mantendo o direito à propriedade privada²⁰.

Países como a França (código penal 1810), Bélgica (código penal 1867) e a Itália (código penal 1899) já se preocupavam com o mercado e por essa razão já criminalizavam as especulações comerciais.

Por vezes, no decorrer dos séculos as sociedades incorporavam-se novos ilícitos relacionados à atividade econômica e os sancionava penalmente, um exemplo eram as falsificações de moeda – previsto no Código Criminal brasileiro do Império de 1830 e também no Código Penal de 1940 – que já ocorria mesmo antes da formação dos Estados modernos e em consequência disso, semelhantemente aconteceu com o descobrimento das Américas e com as colônias brasileiras. O código penal brasileiro de 1890 ampliou o rol destes crimes acrescentando também a falência e outros crimes que ocorriam o abuso de confiança e atividade fraudulenta, além de trazer um capítulo próprio para crimes contra a propriedade imaterial. O atual código penal brasileiro de 1940 trouxe significativas mudanças em sua parte geral, além disso, ampliando ainda mais os delitos de cunho econômico, igualmente, importantes leis penais extravagantes – que será exposta em capítulo próprio – foram surgindo a partir da segunda metade do século passado demonstrando o interesse do legislador em desenvolver um novo arcabouço jurídico.

Nas palavras de Enrique Aftalión:

Durante muito tempo, o direito penal econômico tem sido considerado por numerosos juristas como um tipo de subúrbio imprestável do Direito Penal, imprecisamente situado nas fronteiras deste com o Direito Administrativo. De tal modo este setor do ordenamento jurídico, filho das urgências do intervencionismo econômico dos governos, se manteve um pouco órfão do auspício acadêmico. Não é de estranhar, pois, que nascera com defeitos sensíveis, fruto de suas espúrias origens

²⁰ HUGON, Paul. Histórias das doutrinas econômicas. 14 ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 267.

e que em muitos tratados de direito penal apenas seja possível encontrar referências incidentais a suas questões, arrastadas de roldão²¹.

O Direito Penal vê-se, assim, obrigado a lidar com novas condutas e conseqüentemente não poderá enfrenta-las com os mesmos mecanismos de controle, que, serviam para enfrentamento dos delitos clássicos, lesivos diretamente ao ser humano e ao patrimônio, porque como já visto, encontra-se frágil. A preocupação com essas condutas que afetem a ordem econômica apenas modernamente passou a integrar o Direito Penal, constituindo-se em forma de criminalidade que se diferencia da criminalidade clássica na medida em que suas peculiaridades transcendem direitos de âmbito individual, para ocupar-se com a violação de bens jurídicos cuja ofensa afeta a coletividade.

Desenvolvendo-se a partir do Direito Econômico, o Direito Penal Econômico é instrumento protetor da ordem econômica, tem sua importância e seu desenvolvimento ditados pelo crescimento do progresso econômico, tecnológico e social e destinam-se a combater a criminalidade que se imiscui nas relações econômicas aproveitando da dinamicidade, da impessoalidade e do anonimato cada vez mais nelas presentes²². E do conjunto de normas legais que tratam o Direito Penal Econômico, estas se referem à soma das normas jurídico-penais que se situam no espaço reservado ao Direito Econômico.

Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade advertem quanto à origem do Direito Penal Econômico está calcada no Direito Econômico, pois, uma definição desse tipo caracteriza-se pela sua extrema amplitude e por tornar o Direito Penal meramente secundário ou sancionatório, apenas como guardião preventivo e repressivo de valores de outros ramos do Direito. Ressalvam, porém não verem quaisquer reservas fundadas na remissão ao Direito Econômico, desde que este fosse definido claramente e em termos de tutela de valores fundamentais de uma coletividade organizada, de tal modo que se lhe dessem o sentido e o conteúdo da doutrina germânica, ao considerá-lo como o direito de direção da economia pelo Estado, e no recurso ao Direito Penal para a tutela desses valores se traduziria o Direito Penal Econômico, a ele pertencendo todas as normas incriminadoras que se inserem na direção por parte do Estado dos investimentos, no controle de mercadorias e serviços, no controle de preços, na luta contra cartéis e práticas restritivas da concorrência²³.

²¹ AFTALIÓN, Enrique. Derecho Penal Económico. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959, p15.

²² ZINI, Júlio César Faria. 2012, p155.

²³ FIGUEREIDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p335-336.

Em uma posição mais divergente, João Marcello de Araújo Junior vai dizer que o Direito Penal Econômico está calcado no Direito Empresarial, denominando-se de Direito Penal da Empresa, conforme ele explica:

Isso os parece correto, pois uma economia de mercado pressupõe, fundamentalmente, uma atividade empresarial, daí a tendência a que o Direito Penal Econômico no futuro venha a denominar-se de Direito Penal da Empresa. A realidade da vida econômica mostra hoje, com clareza, que os verdadeiros crimes econômicos são cometidos pelas empresas e não pelos indivíduos²⁴.

Ao seu turno, Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo descrevem o Direito Penal Econômico de outra maneira, apresentando-o como o ramo do Direito Penal que se aglutina em torno do denominador comum “atividade econômica”, definindo pelo conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, sendo a chave para a compreensão deste conceito o reconhecimento da ordem econômica como objeto de proteção. O equilíbrio entre a defesa de valores patrimoniais individuais e outros de caráter econômico, livre-mercado dão ensejo a duas ideias diferentes sobre o Direito Penal Econômico, sendo uma estrita e outra ampla²⁵.

De qualquer forma, quando a doutrina utiliza as expressões, como, “direito penal da economia”, “direito penal econômico”, “direito penal socioeconômico”, ou outras similares, não pretende fazer qualquer tipo de distinção, mas, sim, uma qualificação fixada sobre a peculiar natureza do objeto que trata de tutelar.

O Direito Penal Econômico em seu sentido estrito pode ser visto como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia. Nesta concepção, a ordem econômica como objeto de proteção aparece conectada com o Direito Econômico, que se apresenta como o ramo do direito que trata da economia dirigida pelo Estado, representando o delito econômico a infração jurídico-penal que lesiona ou põe em perigo a ordem econômica de um país. O conteúdo do Direito Penal Econômico reduz-se aos delitos que atentam contra a determinação ou formação dos preços; aos delitos monetários; ao contrabando, à lavagem de capitais e aos delitos fiscais²⁶.

Já em uma perspectiva ampla, o Direito Penal Econômico refere-se ao conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendida como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Aqui já não se trata da

²⁴ ARAUJO JUNIOR, João Marcello. O direito penal econômico. In. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 7, 1999, p151.

²⁵ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, p11.

²⁶ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. 2010, p13

proteção do intervencionismo estatal, mas da atividade econômica dentro de uma economia de mercado. Dentro desta concepção se ampliam consideravelmente os limites do Direito Penal Econômico, apresentando-se a ordem econômica como bem jurídico primordial a ser tutelado, para além dos interesses patrimoniais individuais. Assim, o delito econômico em sentido amplo é a infração que, afetando um bem jurídico patrimonial individual, lesiona ou põe em perigo a regulação jurídica de produção, distribuição e consumo de bens e serviços²⁷.

Ademais, o Direito Penal Econômico trata dos tipos penais que tutelam bens jurídico-econômicos de condutas de alcance supraindividual, que lesionam ou são capazes de lesionar a ordem econômica. Como preleciona Luiz Regis Prado:

A ordem econômica lato sensu não pode constituir-se em bem jurídico diretamente tutelado, visto que não pode ser tido como elemento do injusto. Tão somente em sentido estrito pode ser tida como bem jurídico diretamente tutelado, ainda que manifestado em determinado interesse da administração. Na verdade, impõe reconhecer, para efeito da proteção penal, a noção de ordem econômica lato sensu, apreendida como ordem econômica do Estado, que abrange a intervenção estatal na economia, a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens jurídicos, bem como sua produção, circulação distribuição e consumo²⁸.

Segue o mesmo raciocínio o entendimento de Klaus Tiedemann:

“A relação entre ordem econômica e o Direito Penal Econômico é de parcial independência, pois o Direito Penal não possuiria, atualmente, a missão de conformar a regulação da vida econômica, resultando, no âmbito da economia, o seu caráter secundário e acessório. Afirma o autor que os mandados e as proibições da ordem econômica estariam contidos no Direito Econômico e de Empresa, sendo suas regras ponto de apoio para a punibilidade de certas condutas. Entretanto, relativiza seu posicionamento, ao reconhecer que o Direito Penal, mediante suas figuras típicas, refere-se excepcionalmente, de forma imediata e direta, às regras do Direito Econômico e da Empresa, assumindo autonomia e função reguladora próprias”²⁹.

O autor citado acima ainda tem o entendimento que o Direito Penal Econômico deve ser abordado em um sentido estrito, ou seja, como sendo o Direito da direção da economia pelo Estado e sustenta, ainda mais, que seu conceito em sentido amplo atende a uma solução conciliatória de clara tendência internacional, considerando como crimes econômicos não somente os fatos puníveis contra a planificação estatal da economia, mas, igualmente todo o conjunto dos crimes relacionados com a atividade econômica e dirigidos contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica³⁰.

Acrescenta-se, que o conceito de Direito Penal Econômico não será universal, devendo ser realizado a partir da identificação do bem jurídico determinado e com uma tipificação clara e precisa dos comportamentos que podem ocasionar sua lesão ou perigo de

²⁷ *Ibidem*, p14.

²⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p27.

²⁹ TIEDMANN, Klaus. *Ob. Cit.* p21-22.

³⁰ *Ibidem*. p18-20.

lesão. Isso implica em um duplo controle material, em que o Estado não pode proibir qualquer conduta, tomando como valor concreto que faz possível a proteção da pessoa humana, como destinatária final, sem referência a algum dever geral de obediência. Desse modo que a legitimidade do Direito Penal Econômico deve passar pela precisa definição de sua objetividade jurídica e estrutura técnica dos tipos penais³¹.

Por isso, nota-se que a abordagem do tema tem requerido reformulações e vem sendo permanentemente exposto a novos problemas que tem exigido alterações a partir de sua aplicação no âmbito dos delitos econômicos, tais como, a autoria e participação delitivas no âmbito empresarial, a teoria do erro frente a tipos penais abertos, normas penais em branco e as condições objetivas de punibilidade e excludentes absolutórias.

Ainda mais, os crimes econômicos somente poderão ser definidos sob a ótica da perspectiva jurídica, ou seja, a conceituação do bem jurídico que visa o Direito Penal Econômico em proteger, cuja sua relevância está amparada constitucionalmente em um mandamento constitucional de criminalização, na qual, conforme a doutrina majoritária deste ramo do Direito sofre influência do Direito Econômico, sobretudo, ao fornecer o conceito de ordem econômica. Daí a assertiva em dizer que a ordem econômica abre espaço para o ingresso do Direito Penal, o qual se reserva a preservação dos princípios da *ultima ratio*, subsidiariedade, intervenção mínima etc.

Os fundamentos para a tutela penal da economia estão relacionados a partir de uma noção quantitativa, ou seja, o crime econômico é a expressão dos danos que ele causa, ou também, a partir da natureza coletiva dos interesses ou bens jurídicos. Enquanto, que, legalmente sempre que a ordem jurídica entender que determinados valores merecem ser protegidos e, por isso, os incorporam na forma de condutas puníveis nos respectivos diplomas legais. Como se não bastasse, o legislador acaba sendo pródigo em utilizar conceitos amplos, indeterminados, vagos que acaba violando as funções de segurança e garantia do tipo penal.

Portanto, a existência de um Direito Penal Econômico e sua legitimidade para criminalizar certos tipos de comportamentos está posta em discussão, já que, na medida em que se reconhece que para além da utilização de mecanismo de proteção contra os tipos penais clássicos, lançar mão de um novo aparato jurídico necessário dado ao número grande de prejuízos que a chamada criminalidade econômica causa em sociedades altamente industrializadas é mister restabelecer a proteção de natureza criminal para reprimir condutas

³¹ CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico – Concepto e bien jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 43, 2003, p81-108.

consideradas antieconômicas, que, por vezes soa como uma “hipercriminalização” para as ideias que a criminologia e a política criminal moderna apontam.

O autor Aníbal Bruno compreendendo a evolução que tomava a ciência penal em relação à necessidade de se discutir a legitimidade de atuação do Direito Penal Econômico já sustentava em seus ensinamentos que o Direito Penal não poderia se prender exclusivamente a rigores técnicos que, então, o distanciaria da realidade. Na sua concepção segue o entendimento:

A maioria dos dogmáticos refutariam essa posição da crítica dentro da ciência do direito penal. Mas é ela que concilia, como vimos, o rigor da técnica com o sentido das forças empíricas que movem o fenômeno do crime, e sem deformar o Direito como ele realmente existe, estabelece uma relação entre o presente e o futuro, útil à compreensão que poderíamos chamar evolutiva do direito e hoje mais do que nunca justificada, quando os códigos penais, com as concessões que têm feito às exigências fundamentais da corrente de inspiração naturalista, revelaram que o Direito Penal está dentro de uma renovação profunda nesse sentido do histórico, cerrando o Direito vigente como coisa acabada e entorpecendo-lhe o movimento para a sua evolução e transformação oportunas, o que nos levaria, por fim, por caminhos diversos, à ideia de um código ideal, perpetuamente válido, contra o qual valeria renovar a batalha que Savigny conduziu através do historicismo³².

O Direito Penal Econômico passa a ser o grande exemplo deste novo caminho, embora a globalização³³ cause um direito, desde logo, menos garantista, onde as regras de imputação serão flexibilizadas e as políticas criminais mais relativizadas. Contudo, o Direito Penal Econômico não fará mais do que acentuar a luta contra a criminalidade econômica, criminalidade organizada e, a corrupção, de tal modo, que, não se defenda uma desenfreada inflação legislativa para tutela da ordem econômica, sem demonstrar incompatibilidade com o princípio da intervenção mínima e sem se deixar perder no tempo ao ponto de tornar-se ineficiente. Tal perspectiva é construída de uma teoria única a partir da Economia, do Direito Constitucional, do Direito Econômico e do Direito Penal.

Em vista disso, a dogmática penal moderna do direito penal econômico foi construída a partir de um paradigma totalmente diferente do atual (clássico). A submissão de uma pessoa a um Estado determinado, que detém soberania, expressada, sobretudo, pelo direito penal, foi o ponto de partida para a formação dos institutos constitutivos da noção do crime penal

³² BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p41-42.

³³ Silva Sánchez aponta sendo a delinquência da globalização, em sentido amplo, essencialmente econômica, a reflexão jurídico-penal tem, pela primeira vez, como objeto de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico. Trata-se de crimes classificados criminologicamente como *crimes of the powerful* de delitos que não têm ainda uma regulamentação suficientemente consolidada e de delitos cuja dogmática encontra-se parcialmente pendente de regulamentação. A exigência de responder à globalização e sua peculiar delinquência é concebida a partir de um rearmamento jurídico-penal para fazer face a modelos de delinquência que criam uma forte sensação de insegurança não apenas nos indivíduos como também, e de modo especial, aos Estados. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Teoría Geral da Tutela Transindividual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coleção doutrinas essenciais: Direito Penal econômico e da empresa; v.1, 2001, p115.

econômico. Logo, é imprescindível investigar os aspectos da dogmática do direito penal clássico em face de um direito penal moderno, de cunho econômico, investigando sua metodologia, objeto e missão.

2.3. Uma sociedade de riscos e a criminalidade econômica (macrocriminalidade)

Quando a sociedade moderna percebe que seus padrões coletivos de vida, de progresso, de controlabilidade de catástrofes naturais e de exploração da natureza estão drasticamente alterados pelo conhecimento de que a ocorrência interligada de seus processos de desenvolvimento como a globalização, a individualização, a revolução de gênero, o desemprego e, principalmente a manipulação do processo tecnológico produzem “riscos” de produção de efeitos colaterais que, se concretizados, podem causar consequências de amplitudes globais (...), seus institutos fundamentais, suas instituições de controle social e toda a coletividade que a integra, isto é, os indivíduos, a sociedade civil e o Estado, são postos em movimento na tentativa de se antever e, assim, conter toda e qualquer conduta, individual ou coletiva, que possa trazer sem seu contexto hipotético a carga de um risco³⁴.

Os avanços da sociedade caracterizados pela evolução das tecnologias, da globalização econômica e do consumo fizeram surgir os riscos e, por conseguinte, uma sociedade de massas e de riscos. Os riscos não são uma criação da modernidade, até porque os riscos eram vistos antigamente como pessoais, ou seja, esses riscos poderiam envolver tanto a morte de alguém por falta de comida, ou, até mesmo pelo risco de conduzir um veículo em alta velocidade por uma rodovia. O que é mais importante mencionar aqui é que, ocorrendo estes tipos de riscos, as demais pessoas não sofreriam quaisquer tipos de consequências, diferentemente do que ocorre na sociedade atual cujos riscos podem ser de cunho global, e como se não bastasse, os riscos são tantos e tão diversos que eles acabam se tornando uma regra para a sociedade, isso, porque tudo que se faz pode se tornar um risco.

Augusto Silva Dias apresenta características próprias desses novos riscos que o fazem distinguir dos demais:

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,

³⁴ MEDEIROS, Carlos Henrique Pereira de. Direito Penal na “sociedade mundial de riscos” – Uma aproximação da crise da ciência penal frente às exigências do contemporâneo. Âmbito Jurídico. Rio Grande, nº 66, 2009, p2.

também representa uma ameaça global. 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 insegurança e incerteza no seio da sociedade, além de absoluta ineficácia dos mecanismos tradicionais de recomposição de danos por meio de expedientes securitários³⁵.

Levando-se em conta a evolução histórica da humanidade, Ulrich Beck concluiu que a sociedade pós-industrial, com sua crescente produção social de riqueza, apresenta uma extensão dos riscos inerentes à convivência, superando-se a esfera individual, chegando-se a uma dimensão de novos riscos coletivos. Sua concepção está baseada num sistema axiológico de uma sociedade insegura, isso está ligado com o fato de que muitos perigos em dado momento são perceptíveis a qualquer um, é o caso de uma degradação da natureza, daí Ulrich Beck chega a dizer que as decisões, as produções podem gerar os riscos, mas isso não está relacionado com a desobediência às regras, mas as próprias regras normalizadoras que aceleram a produção dos riscos e danos à coletividade. Assim, surge a expressão cunhada de “Sociedade de risco”, conforme dissertando que na modernidade avançada, a produção social de riqueza é sistematicamente acompanhada pela produção social de riscos. Portanto, os problemas e conflitos de distribuição da sociedade privada são substituídos pelos problemas e conflitos que surgem da produção, definição e distribuição dos riscos produzidos de forma técnico-científica³⁶.

Ulrich Beck, Anthony Giddens e Scott Lash traçam o marco inicial dessa nova sociedade do risco dizendo:

Houve uma ruptura da modernidade que a distanciou da sociedade industrial clássica, fazendo surgir um modelo com novas características: a sociedade (industrial) do risco. O rompimento ocorreu no momento em que as implicações negativas provenientes do progresso tecnológico e do sistema de produção e consumo verificados na sociedade industrial clássica passaram a ameaçar os cidadãos, propiciando o aparecimento de novos riscos e fazendo com que estes começassem a dominar os debates e conflitos públicos, tanto públicos quanto privados³⁷.

Entre os rumos que a sociedade moderna toma a partir do rompimento com a sociedade industrial clássica, Ulrich Beck distinguirá a modernidade em dois períodos, o primeiro será a modernidade simples, ocorrendo em meados do período industrial, e o

³⁵ DIAS, Augusto Silva. Ob. Cit. p23-24.

³⁶ “En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica”. (Trecho original da obra). BECK, Ulrich. *Lá sociedade del riesgo. Hacia una nueva modernidade*. Barcelona: Editorial Paidós, 1993, p27.

³⁷ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthoy; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: USP, 1997, p15.

segundo a modernidade reflexiva que ocorrerá no momento em que a sociedade volta-se às bases paradigmáticas da primeira modernidade e passa a exercer que os processos de desenvolvimento produzem ameaças que questionam as bases estruturais de existência da própria sociedade³⁸.

Além disso, a sociedade que adentra o século XXI é marcada pela constância da crise, com a repetição constante dos sintomas críticos típicos dos períodos de transição paradigmática que denotam a mudança de uma era histórica. Nos campos sociais, políticos e econômicos, tal aspecto torna-se ainda mais perceptível, perpassando uma sensação de constante ebulição em razão da complexidade das relações intersubjetivas que denotam o presente período histórico. Logo, a sociedade de risco entende-se ser a sociedade atual em que vivemos, isto é, compostas de pessoas mais vulneráveis, frágeis e vítimas de seus próprios excessos.

E partindo desse pressuposto, a sociedade de risco e sua complexa dinâmica tem sido utilizados como justificativas para o incremento dos delitos de risco ou de ação masiva 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 risco³⁹ e, também na criação dos crimes de perigo.

Então, diante da construção de uma sociedade de risco, o que se entende pelo risco? Ulrich Beck vai conceitua-lo como sendo “a consequência de uma decisão humana racionalmente tomada no manejo das tecnologias, decisão esta que se direciona a uma vantagem ou oportunidade técnico-econômico”⁴⁰. Por outro lado, Mitchell Dean *apud* Michelle Gironde Cabrera vai dizer que “o risco na modernidade vem se aproximando,

³⁸ Beck disserta que a reflexividade da modernidade produz não somente uma crise cultural de orientação, como alegam os comunitaristas, mas, uma crise institucional fundamental e mais extensivamente profunda na sociedade industrial tardia. Todas as instituições fundamentais como os partidos políticos e os sindicatos, mas também os princípios causais da responsabilidade na ciência e no direito, as fronteiras nacionais, a ética da responsabilidade individual, a ordem da família nuclear, e assim por diante perdem suas bases e sua legitimação histórica. Por isso, a reflexividade da modernidade é equivalente ao prognóstico dos conflitos de valor e de difícil resolução sobre os fundamentos do futuro. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: USP, 1997, p211-212.

³⁹ DIAS, Augusto Silva. Ob. Ci., p26.

⁴⁰ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p231

sorratamente, do conceito de perigo, na medida em que, em certas circunstâncias, o risco pode ser visto como um *continuum* e, neste sentido, nunca desaparece completamente”⁴¹.

Daí, diante desse novo contexto de instabilidade e de insegurança, a sociedade passa a pleitear intervenções do Poder Público a fim de enfrentar esses males, sendo assim, esse contexto impacta o Direito Penal, que possui como objeto de análise a ofensa a bens jurídicos mais importantes, outrora movidos pela matriz individualista, que, pelas consequências de uma sociedade pós-industrial desenvolveu-se no campo do Direito Penal a criação de tipos penais que buscam a proteção de bens jurídicos que transcendem a figura do indivíduo isoladamente⁴².

Desta maneira, as modificações introduzidas na humanidade ao longo do tempo implicaram em profundas alterações no Direito Penal, em decorrência do fenômeno da globalização criou-se assim um “direito penal do risco ou moderno”. Conforme palavras de Luis Gracia Martín dizendo:

O direito penal moderno é próprio e característico da ‘sociedade de risco’. O controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais são tarefas que o Estado deve assumir, e assume efetivamente de modo relevante. Para a realização de tais objetivos o legislador recorre ao tipo penal de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência. Por ele, o direito penal moderno, ou ao menos uma parte considerável dele, se denomina como ‘direito penal do risco’⁴³.

Contudo, essa expansão no campo do Direito Penal, até então, lhe era estranha, pois ao se expandir para cumprir ideias da sociologia do risco, depara-se com problemas estruturais internos, pois essa nova “demanda” necessita de mecanismos completamente novos. Jorge Figueiredo Dias relata que “as respostas político-criminais frente a esses novos riscos se dão

⁴¹ CABRERA, Michelle Gironda. A sociologia do risco como suporte político criminal dos delitos culposos e seu impacto no direito penal econômico. In SOBRINHO, Fernando Martins Maria. Direito Penal Econômico: Administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Londrina: Thoth, 2017, p212.

⁴² Há dois paradigmas bastantes diversos atuantes no direito penal atual. De um lado, a forma tradicional de criminalidade, com a qual surgiu o direito penal, e que tem servido de base para a dogmática que fora construída até então um direito penal que compactua com aquilo que Hassemer denominou de “direito penal nuclear”, o clássico direito penal de bens jurídicos individuais e cáriz patrimonialista. De outra banda, tem-se uma nova forma de delito, surgida há, pelo menos, 40 anos, e caracterizada pela tutela de bens jurídicos universais, de índole socioeconômica. Hassemer e outros penalistas das Escolas de Frankfurt, ainda que herdeiros da tradição penal clássica admitam a tutela de bens jurídicos universais e o manejo de técnicas que 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.

⁴³ MARTÍN, Luis Gracia. Modernización del derecho penal y derecho penal del enemigo. Lima: IDEMSA, 2007, p45.

em três pontos centrais: a questão do bem jurídico, os critérios da imputação e a responsabilidade dos entes coletivos”⁴⁴.

Dessa forma, o alargamento da intervenção estatal com o uso dos instrumentos criminais de repressão é um dos aspectos marcantes da pós-modernidade, manifestando-se como o fenômeno mais destacado e perceptível da evolução atual das legislações penais do mundo ocidental, a partir da aparição de inúmeras figuras novas jurídicas, como o surgimento de novos setores de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, a um ritmo muito superior ao da época anterior⁴⁵.

Esse expansionismo se deve pela limitada capacidade do Direito Penal clássico de combater delitos diversos originados da constatação da complexidade na sociedade pós-moderna, a partir da criação de novos bens jurídico-penais, ampliação dos espaços de risco penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios políticos-criminais de garantia⁴⁶. O fenômeno da expansão do Direito Penal manifesta-se como resultante de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma aparente solução fácil aos problemas sociais, ao tempo que deslocaria tal resolução do plano da proteção efetiva para um plano simbólico⁴⁷.

A ampliação da pretensão do controle penal pode ser percebida em uma série de subsistemas sociais como, Meio Ambiente, Economia, Relação de consumo, entre outros. Assim, a nova criminalidade pós-industrial parece ter criado a polarização entre aquilo que se tem como “direito penal clássico”, pleiteada, sobretudo, pela escola de Frankfurt, além do mais, o arcabouço do Direito Penal clássico passa a ser reformulado para se enquadrar ao que se pode denominar “direito penal econômico”, um direito penal que visa ser eficiente no combate preventivo aos novos riscos. Em contraste ao direito penal econômico há doutrinas que vão argumentar que os princípios ontológicos do direito penal clássico passam a ser relativizados, ou, até mesmo violados, todavia, não se trata de relativizar princípios constitucionais criados sob o prisma do garantismo, mas sim, de não ignorar a nova realidade.

No tocante à criminalidade econômica a explicação sobre esse fenômeno permite afirmar sua relação com a atividade econômica das sociedades modernas e negar sua redução ao âmbito dos delitos contra os bens. Nesse sentido, por exemplo, a criminalidade econômica

⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. Revista Brasileira de Ciências Criminais. N 33. São Paulo: RT, 2001, p39-65.

⁴⁵ MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo “derecho penal” del enemigo? In: STRECK, Lênio (org.) Direito Penal em tempos de crise. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013, p117.

⁴⁶ SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria. A expansão do direito: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p28.

⁴⁷ Ibidem, p29.

abrange os denominados delitos contra as pessoas e os delitos de perigo (v.g., infrações relativas ao meio ambiente e ao risco dos trabalhadores) que, de forma indireta estabilizam expectativas normativas sobre estes mesmos interesses (vida, saúde, integridade física) quando sua efetivação está vinculada a comportamentos próprios à atividade econômica e da empresa⁴⁸.

E o que ocorre com essa nova criminalidade é que, esta, possui características muito distintas da tradicional. Abandona-se um marco referencial de crimes de dano, comissivos, de bens jurídicos individuais, para se alcançar uma criminalidade de perigo, que resguarda bens jurídicos supraindividuais, praticados, normalmente, por condutas comissivas e omissivas. Igualmente, o delito econômico costuma obter um enorme proveito material à custa do maior número de pessoas, e sua execução, em regra, é por meio de uma organização empresarial, pois, em um cenário global fica claro a busca desenfreada pelo lucro, e a falta de transparência por parte dos agentes econômicos, e isso serve como “brecha” para o aparecimento de crimes por estar intrinsecamente ligado com as atividades econômicas do mundo inteiro.

E segundo o Átilo Antônio Cerqueira esse tipo de criminalidade atingiu seus contornos na segunda metade do século XX, pois, segundo ele tem origem às transformações tecnológicas e econômicas que a humanidade vem experimentando nas últimas décadas, especialmente após o encerramento da 2ª Guerra Mundial, além do excepcional incremento do comércio entre os países. De tal sorte, torna-se difícil precisar se tais transformações econômicas se devem ao progresso tecnológico ou, ao contrário, se são os avanços científicos que produzem o progresso econômico, mas é incontestável que, ao longo do século XX, esses fatores produziram evoluções comerciais, tanto representadas por novos instrumentos quanto por novos caminhos para o comércio internacional, que, utilizados indevidamente, produziram uma nova criminalidade. Tais são os casos da revolução informática e da chamada globalização da economia. Assim, trata-se da nova criminalidade uma espécie de subproduto gerado tanto pela sociedade de massa quanto pelos avanços tecnológicos⁴⁹.

E essa evolução da humanidade está relacionada com a globalização das relações econômicas e a rápida difusão das informações o que gera essa consequência de uma criminalidade moderna – macrocriminalidade –, o que já não encontra mais barreira para sua propagação. E diante dessa nova realidade é certo que, há mudança nas características dos

⁴⁸ BACIGALUPO, Enrique. Curso de Derecho Penal Economico. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2005, p22.

⁴⁹ CERQUEIRA, Átilo Antonio. Direito Penal Garantista & A nova criminalidade. Curitiba: Juruá, 2002, p53.

criminosos, isto é, os agentes, enquanto pessoas físicas são bem nascidas ou com elevado índice de escolaridade e privilegiada socioeconômica, bem como, o elemento subjetivo que envolve estes agentes, que, para eles parecem não possuir consciência de estarem praticando algum tipo de crime, se apoiando no argumento da inexistência da “culpa moral”, embora possa haver “culpa jurídica”, pois creem que seus atos em nada têm de imoral, ilegítimo ou ilegal dada às circunstâncias de acreditarem serem melhores instrumentos de desenvolvimento social por poderem gerar empregos, fazer doações às instituições etc.

Percebe-se, então, que a criminalidade econômica passou a figurar como uma criminalidade diferenciada e altamente mutável em razão da velocidade com que as relações econômicas se transformam. Um dos fatores da criminalidade econômica está na obtenção do lucro e na impunidade do agente. O lucro propriamente dito movimenta a grande criminalidade, vez que se assemelha a um empreendimento econômico. O desiderato primário da macrocriminalidade é a obtenção do lucro. Ademais, existe um notável estímulo à impunidade dos macrocriminosos e, por isso, este biênio (lucro-impunidade), explica a ascensão das organizações criminosas em larga escala⁵⁰.

Como se não fosse suficiente esses fatores estarem presentes nessa modalidade criminosa, os macrocriminosos buscam encontrar um reduto dentro do próprio Estado usufruindo, desta maneira, das suas impunidades e aperfeiçoando-se nas suas atividades delituosas. Conforme é entendido por Eugenio Raúl Zaffaroni, que a fonte do crime organizado é o próprio Estado, cujas estruturas acabam por cair, acidentalmente ou não, nas mãos dos corruptos, que passam a delas se valer para, de forma esporádica, sistemática ou institucionalizada, atender, aderir ou construir a própria organização criminosa. Assim, a macrocriminalidade não objetiva a busca do poder estatal, mas o comprometimento dos agentes públicos e infiltração de seus homens, influenciando e, dependendo de sua força e desenvolvimento, até determinando postura e conduta oficiais que favoreçam a organização que desfrutará de forma oculta as benesses a serem ofertadas⁵¹.

2.4. Os crimes de perigo e sua posição nos tipos penais interpretados pela doutrina

Inicialmente cumpre ressaltar o que se entende como perigo, o que pode ser definido como a aptidão, a idoneidade, ou a potencialidade de um fenômeno de ser causa de dano, ou seja, é a modificação de um estado verificado no mundo exterior com a potencialidade de

⁵⁰ SILVA, Juary C. A macrocriminalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p31.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Mesa redonda sobre o crime organizado. São Paulo: Revista brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 8, 1994, p149.

produzir a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse⁵². Por outro lado, salienta-se, que a mera possibilidade de dano não é suficiente para a configuração do perigo, requer a probabilidade de lesão ao bem jurídico e, mesmo assim, o próprio conceito de perigo para o Direito Penal é objeto de controvérsia doutrinária. Além das teses tradicionais sobre o tema, de base ontológica, as quais se dividem em objetivas e subjetivas, há teses mais recentes, com enfoque normativista que, de forma crítica, trazem nova abordagem sobre o tema.

Agora, o perigo para a legislação brasileira, inclusive presente na exposição de motivos do Código Penal, é apresentado como uma categoria de resultado do crime, juntamente com o dano, mesmo que não coincida com a ação ou omissão, isto é, o perigo é entendido como um trecho da realidade⁵³. E fazendo um contraponto em relação ao perigo a legislação brasileira apresenta duas classificações distintas que leva em conta o grau de intensidade do resultado almejado pelo agente como consequência da prática de uma conduta.

Primeiramente nós temos o que chamamos de crimes de dano, que são aqueles cuja consumação depende de relevante e efetiva destruição, diminuição ou perda do bem jurídico em decorrência da conduta típica, v.g. Homicídio e, por fim, os crimes de perigo, que se satisfaz com a criação ou incremento de um perigo proibido e não insignificante de ocorrência do resultado danoso para o bem jurídico, v.g. Crimes contra a Ordem Tributária. Portanto, o que se leva em consideração será a intensidade do ataque ao bem jurídico⁵⁴.

Os crimes de perigo referem-se a uma prescrição normativa cuja completude restringe-se à ação, ao comportamento descrito no tipo legal, sem nenhuma referência a efeitos externos do ato. Tratando-se sobre o assunto, a doutrina costuma dividir o perigo como sendo um elemento subjetivo ou objetivo. No primeiro caso, para a teoria subjetiva o perigo não é uma realidade fática, mas a expectativa subjetiva de um evento indesejado, ou seja, o resultado imaginativo do esforço humano em antecipar os acontecimentos. Contudo, o perigo de natureza psicológico-emotiva pode existir para algumas pessoas e para outras não. Logo, essa teoria confunde ‘perigo’ de ‘juízo de perigo’ e, ao entender o perigo como produto da limitada capacidade humana de previsão identifica-o ao temor⁵⁵.

E por fim, a teoria objetiva reconhece o perigo como sendo elemento objetivo do crime, isto é, como dado material e não hipotético do tipo penal, indicativo de uma

⁵² REALE JÚNIOR, Miguel. Dos estudos de necessidade. São Paulo: Bushatsky, 1971, p56.

⁵³ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. vol 1, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p13-14.

⁵⁴ BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p241.

⁵⁵ LUNA, Everardo da Cunha. *Apud*. BADARÓ, Tatiana. Ob. Cit, p241-242.

capacidade ínsita a determinadas condutas em provocar efeitos danosos. Hoje, a doutrina majoritária prega pelo prisma objetivo, de forma que a teoria subjetiva detém importância apenas histórica⁵⁶.

Ainda assim, além da divisão que ocorre em relação aos crimes de dano e crimes de perigo, a doutrina ainda costuma fazer uma subclassificação dentro dos crimes de perigo, que revela ser mais complexa, onde a doutrina os menciona como sendo, crimes de “perigo abstrato ou presumido”, na qual, não se exige a comprovação da produção da situação de perigo, que, por sua vez, o resultado de perigo não integra expressamente a formulação típica, embora tenha motivado o legislador a incriminar a conduta em questão, é o caso do tráfico de drogas (art. 33 Lei 11.343/06⁵⁷). Os crimes de “perigo concreto”, por sua vez, exigem em sua consumação a efetiva comprovação da ocorrência da situação de perigo no caso concreto, pois o legislador inseriu o resultado como elemento expresso do tipo penal, é o caso do crime de perigo para a vida ou saúde de outrem (CP, art. 132⁵⁸).

Embora se reconheça a existência de diversas modalidades de delitos de perigo, esta análise limitar-se-á as duas classificações mais pertinentes, isto é, crimes de perigo concreto e principalmente os crimes de perigo abstrato, o que se afigura suficiente para os limites do trabalho.

Em relação aos crimes de perigo concreto a discussão doutrinária está a ser discutido em qual perspectiva o conceito é construído e, para isso, há duas teorias que tratam dessa perspectiva, a primeira numa perspectiva naturalista e a segunda numa perspectiva normativa. No primeiro caso, para a teoria naturalista haverá perigo concreto quando a não produção de dano efetivo ao bem jurídico pela conduta perigosa não for explicável por qualquer lei causal conhecida, ou seja, se as leis naturais de que dispomos levasse-nos a diagnosticar a ocorrência de um resultado o qual, na verdade, não se sucedeu, então, estaríamos diante de uma verdadeira situação de perigo concreto⁵⁹.

A definição dos contornos e dos elementos constitutivos dos delitos de perigo abstrato é fruto do desenvolvimento metodológico do pensamento penal desde o iluminismo e sua compreensão passa por uma análise das ideias construídas sobre os delitos de perigo. Na

⁵⁶ *Ibidem*. Ob. Cit, p241-242.

⁵⁷ **Art. 33** - Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: [...].

⁵⁸ **Art. 132**. Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: [...].

⁵⁹ GRECO, Luís. Princípios da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n49, 2004, p121.

perspectiva clássica o crime de perigo abstrato é um crime de perigo presumido, isto é, o legislador penal presume *juris et de jure* a periculosidade dos comportamentos tipificados. A consequência é que o aplicador da lei se vê impedido de considerar o caso fático, estando vinculado à presunção legislativa de perigo⁶⁰.

Contudo, essa presunção pode ser refutada pela prova em contrário de sua não existência, de maneira que a diferença entre os delitos de perigo abstrato e perigo concreto residiria apenas na atividade probatória porque seu fundamento material é idêntico, especialmente sob a perspectiva do bem jurídico protegido exposto ao perigo concreto.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli em uma doutrina mais moderna vão explicar sobre a técnica do legislador em relação aos crimes de perigo abstrato, na qual, procederá à inversão do ônus probatório, de forma que passa a caber à defesa comprovar a ausência de perigo. Nessa perspectiva, os crimes de perigo abstrato se afastam dos crimes de perigo concreto pelo fato de esses últimos exigirem a apresentação pelo órgão de acusação de prova efetiva do perigo para o bem jurídico. Portanto, a diferença entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato seria meramente processual⁶¹.

Todavia, há autores que enxergam problemas com a inversão do ônus probatório por criar dificuldades no que diz respeito ao princípio da inocência. Se o autor parte do pressuposto que o fundamento material dos tipos penais é a lesão ou o perigo concreto, a dúvida sobre a existência destes resultados deve favorecer o réu, e não a presunção normativa abstrata. Nesse sentido, não haveria justificativa para que o indivíduo recebesse o ônus da prova apenas nos crimes de perigo abstrato. Por outro lado, a manutenção do princípio *in dubio pro reo* e a remissão do ônus da prova à acusação transformariam os delitos de perigo abstrato em tipos de perigo concreto, o que acarretaria uma interpretação contrária à lei, que aponta para a distinção entre as duas categorias delitivas⁶².

Na perspectiva neokantista que busca a superação do direito penal clássico por meio de uma perspectiva normativa a sua ótica está para aferir tipicidade a uma conduta, isto é, não basta à verificação formal de sua adequação à descrição legal típica, mas é necessário observar seu significado social e sua materialidade diante dos valores vigentes. O tipo penal legitima-se diante de uma norma de cultura, logo, a ação ilícita deve ir além de contrariar o texto legal, deve colidir com os valores presentes na sociedade. E para Mezger a constatação

⁶⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal supra-individual. Interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p97.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p482.

⁶² RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. Delitos de peligro, dolo e imprudência. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p318.

do perigo na teoria neokantista agrega um elemento de experiência, com base na realidade empírica, e um elemento normativo, que levam em conta valores vigentes no momento da prática do ato e a realidade envolvida, o que afasta um juízo causa predeterminado possibilitando uma análise sobre um acontecimento provável⁶³.

E a análise que se faz sobre o perigo é que o direito não se importa apenas com a realidade de um curso causal, mas também com a possibilidade da produção de uma causalidade esperada. Existem atos que, ainda que não causem um dano, se revestem de importância jurídica porque, diante das regras gerais da experiência e das concepções da vida prática, são geralmente idôneos para a produção de um resultado. Assim, o perigo é caracterizado como a possibilidade imediata, a probabilidade cognitiva da produção de um dano⁶⁴. Diante disso, a escola neokantista abre a possibilidade de interpretação flexível dos tipos legais criando uma política criminal com suas finalidades estabelecidas conforme uma sociedade plural e democrática.

A fim de superar a dogmática do neokantismo surge, então, o finalismo que vai tratar de buscar elementos para montar um sistema penal estável e independente de valores culturais momentaneamente vigentes na sociedade, lançando mão do método lógico-objetivo, por meio do qual procura edificar seus conceitos pela essência ontológica dos objetos. Seu ponto de partida está na concepção do homem como ser livre e responsável pelos seus atos. Consequentemente, as regras do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas apenas atos dirigidos finalisticamente, ou então a omissão de tais atos⁶⁵. Em suma, o finalismo se preocupa em analisar o comportamento humano, e às finalidades que o dirigem que comporão o objeto das normas penais, por isso, a ação penalmente relevante não será mais aquela contrária à lei (direito), nem aquela que contraria os valores culturais, mas sim, aquela que carrega consigo uma finalidade.

Considerando o finalismo, seu principal expoente Hans Welzel trata o perigo como sendo algo ontológico, determinado pela situação fática em que a produção de determinadas consequências não desejáveis é provável. Embora o Direito Penal não visa controlar a

⁶³ MEZGER, Edmund. Tratado de derecho penale aleman. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p253.

⁶⁴ MEZGER, Edmund. Ob. Cit, p232.

⁶⁵ O ser humano é o ser que atua. Não está “fixado”, isto é, continua sendo para si mesmo um compromisso, é também, em outras palavras, o ser que toma postura. Os atos de tomada de postura em direção externa chamamos de ações e, precisamente na medida em que continua sendo um compromisso para si mesmo, toma postura diante de si mesmo e converte-se em algo. O ser humano é previsor. Necessita do que está distante, do que não está presente no espaço e tempo, vive no futuro e não no presente. Esta determinação faz parte das circunstâncias de uma existência na qual se atua, e o que no ser humano é consciência humana, em sentido próprio, deve ser entendido sob esta perspectiva. JAKOBS, Gunther. Fundamentos de direito penal. Trad. André Luís Callegari, São Paulo: RT, 2003, p53-54.

produção de qualquer perigo, mas apenas aquelas situações arriscadas criadas por um comportamento humano final. Logo, o perigo penalmente relevante deve reunir um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo, decorrente da intenção de ameaçar bens e interesses relevantes⁶⁶.

A existência dos crimes de perigo é justificada por Welzel pela frequência com que tais ações resultam em situações de perigo concreto ou dano. Assim, o elemento objetivo da tipicidade dos crimes de perigo abstrato não será uma situação objetiva e real de ameaça, mas a mera prática da conduta que, em geral, resulta em efeitos não desejados. Em relação ao elemento subjetivo o perigo abstrato é meramente formal e o injusto não tem nenhuma relação com a realidade dos fatos⁶⁷.

A tipicidade dos delitos de perigo abstrato aponta na periculosidade seu substrato material, então, a periculosidade da conduta é *ex ante*⁶⁸ (não *ex post*⁶⁹), e não o mero comportamento do agente, o que permite a não incidência na norma penal quando, mesmo que a ação praticada seja a mesma descrita no tipo penal, ela não tenha capacidade, nem o potencial, de causar danos a bens e interesses tutelados, tornando a estrutura do perigo abstrato mais adequado ao caráter finalista da ação.

É o que comporta o raciocínio de Fábio Roberto D'Avila ao afirmar:

Que os crimes de perigo abstrato devem ser formulados a partir da perspectiva *ex ante*, ou seja, um juízo em que são consideradas todas as circunstâncias objetivas *in casu* relevantes, independente do seu conhecimento por parte do autor. Isso significa que o juízo de perigo abstrato será positivo se um observador – homem médio –, situado na mesma posição espaço-temporal que o agente no instante da prática da conduta, investido em seus saberes especiais e detendo conhecimento de todas as circunstâncias fáticas atuantes nesse momento, concluir, com base nos danos

⁶⁶ MEZGER, Edmund. Ob. Cit, p71.

⁶⁷ MEZGER, Edmund. Ob. Cit, p71.

⁶⁸ De acordo com o critério *ex ante*, o julgador retroage ao instante em que a conduta é praticada para, colocando-se na mesma posição espaço-temporal do agente, avaliar a ocorrência ou não do perigo. Para a doutrina alemã, esse prognóstico só inclui as circunstâncias fáticas conhecidas pelo agente no momento da conduta. Desse modo, no exemplo do motociclista que participa de competições de motocross, as habilidades especiais da vítima em potencial, as quais o agente desconhecia e não tinha como conhecer quando da prática da conduta, são irrelevantes e não afastam o juízo positivo de perigo. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n49, 2004, p120.

⁶⁹ Na perspectiva *ex post* do perigo, o julgador se coloca na posição de um observador situado depois da prática da conduta e da não verificação do evento lesivo. Nesse juízo, são consideradas todas as circunstâncias concretas existentes no momento do fato, tanto as conhecidas ou cognoscíveis pelo agente, quanto as extraordinárias, que só aparecem posteriormente. Suponha no exemplo um motociclista que participe de competições de motocross consegue evitar um acidente potencializado por um motorista embriagado em via pública. Na perspectiva *ex post*, a ocorrência de perigo restará excluída em razão das habilidades especiais do motociclista, circunstância imprevisível que só vem a ser conhecida posteriormente à prática da conduta em questão. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n49, 2004, p121.

empíricos e nos conhecimentos científicos já consagrados, pela potencialidade de que a conduta produza dano ao bem jurídico⁷⁰.

O autor ainda complementa dizendo:

Que na perspectiva *ex ante* o bem jurídico ainda não entrou no raio de ação da conduta submetida ao juízo de perigo. Como consequência, os crimes de perigo abstrato não se referem a uma verdadeira crise do bem jurídico, sendo que o tipo ilícito de perigo abstrato se satisfaz com uma interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, a qual retira deste a segurança da sua continuidade existencial⁷¹.

Em relação aos crimes de perigo concreto, estes, por sua vez, também dependem da periculosidade *ex ante* da conduta, de modo, que, a constatação da situação de perigo também deve ser complementada pela perspectiva *ex post*, tendo em vista todas as particularidades presentes no ato concreto, como o caso de haver uma vítima em concreto e não apenas em potencial, e o bem jurídico está no raio da conduta submetida ao juízo de perigo.

Por fim, os crimes de perigo – abstrato ou concreto – são criados pelo legislador com o intuito de se evitar um mal maior, punindo-se os agentes infratores por tais condutas que se de fato vierem a ter um resultado poderá causar um dano ou lesão ao bem jurídico tutelado. Por esta razão, os crimes de perigo abstrato sofrem críticas de algumas doutrinas por não mostrarem a efetiva potencialidade de dano do agente infrator no caso concreto, assim, estes delitos de perigo são classificados como inconstitucionais por ofender um princípio garantista do Direito Penal como o da ofensividade ou lesividade.

Interpretando Luigi Ferrajoli, as situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo⁷².

As lições de Ferrajoli são encampadas por Cézar Roberto Bitencourt quando, este, aborda o princípio da ofensividade desta forma:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido [...]. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela normal

⁷⁰ D'AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D'AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p113.

⁷¹ Ibidem. p115.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p383.

penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal⁷³.

E complementa em relação aos crimes de perigo.

Se o legislador penal pretende admitir a existência de crimes de perigo abstrato, é necessário ajustar, com a maior precisão possível, o âmbito da conduta punível, se deixar de lado os princípios limitadores do exercício do poder punitivo estatal, com o fim de evitar uma expansão desmedida do Direito Penal. Significa, em outros termos, que nos delitos de perigo abstrato é necessário demonstrar, pelo menos, a idoneidade da conduta realizada pelo agente para produzir um potencial resultado de dano ao bem jurídico, visto desde uma perspectiva genérica⁷⁴.

Com efeito, o princípio da ofensividade é uma projeção principal de base político-ideológico que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático de Direito. Por isso, o princípio da ofensividade pode ser deduzido na própria Constituição Federal dentro do direito fundamental da inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º *caput*, IV, VI, IX da CR), do princípio da dignidade humana (art. 1º, CR), bem como da não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da CR)⁷⁵.

Dito isso, os crimes de perigo abstrato não podem ser considerados inconstitucionais, pois, a ofensividade comporta variados níveis de atualidade e intensidade de perigo de dano, sendo que é possível interpretar as condutas tipificadas nas estruturas delitivas de perigo abstrato como detentoras de resultado desvalioso de perigo e não como ilícitos de mera desobediência à norma ou violação ao dever. Nesse contexto, os crimes de perigo abstrato se apresentam como categoria limite na escala do perigo penalmente relevante⁷⁶.

Por isso, prevalece certa tendência que enxerga que as incriminações de perigo abstrato poderiam perfeitamente se adaptar às exigências complexas das ações ocorridas nos contextos da sociedade mundial de risco. E essas incriminações, nesse paradigma emergem com a finalidade de ampliar a capacidade de resposta penal e a eficácia do controle de condutas, com a diminuição dos requisitos da punibilidade e o aumento do alcance do instrumento penal.

Neste sentido, há que se admitir a tipificação de crimes de perigo abstrato, não porque a estratégia se justifique pela necessidade de proteger bens jurídicos, mas por ser possível adequá-los aos princípios da ofensividade e da culpabilidade. No mesmo sentido, a Associação Internacional de Direito Penal, em seu 13º Congresso Internacional, julgou válida

⁷³ BITENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal. Parte geral. Vol. 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p145-146.

⁷⁴ *Ibidem*, p630-631.

⁷⁵ *Ibidem*, p249-250.

⁷⁶ *Ibidem*, p250.

a tipificação de crimes de perigo abstrato, desde que a conduta proibida seja especificada e os bens jurídicos sejam claramente determinados⁷⁷. Igualmente, a jurisprudência⁷⁸ brasileira vem seguindo a corrente da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato no ordenamento jurídico, desde que, criados com parcimônia pelo legislador.

2.6. Desvalor da ação e desvalor do resultado na antecipação da tutela penal

Conforme demonstrado, a tutela penal busca criminalizar-se as condutas tidas como perigosas à bens jurídicos, diante disso, a importância da definição de ação está configurada no que chamamos de Direito penal do Fato. Com isso, a punibilidade vincula-se a uma ação concreta descrita tipicamente e a sanção representa só a resposta de um fato individual, sem qualquer relação com a condução de vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam⁷⁹.

Na delimitação do conceito de ação reside uma das maiores discussões do Direito Penal. Várias teorias buscam defini-la, e a adoção de cada importa no período em que se encontra com suas respectivas ideias. Embora o conceito de ação seja antigo, iniciando pelo causalismo e repousando no funcionalismo, este tópico se debruçará dentro do marco teórico do finalismo que é o conceito adotado pela legislação penal e seguido pela maioria da doutrina.

O legislador ao estabelecer as características de uma conduta ilícita, inserindo-o no tipo legal do injusto, procede-se uma avaliação negativa sobre essa mesma conduta e sobre o resultado por ela produzido. Essa avaliação recebe o nome de desvalor da ação e desvalor do resultado. Ambos os desvalores, que são levados em conta principalmente na distinção entre os delitos dolosos e culposos, integram-se em unidade recíproca, de sorte que, quase sempre, um se manifesta por meio do outro. Às vezes, a infração à norma se satisfaz exclusivamente com o desvalor da conduta – nos crimes de mera conduta – quando a conduta já se tenha postado de modo perigoso ao bem jurídico. Outras vezes, a conduta possui graus de valoração

⁷⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Ob. Cit, p94.

⁷⁸ O Supremo Tribunal Federal (STF) tem afastado a tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato: Legitimidade da criminalização do porte de arma. Há no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. [...]. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2º turma. HC 102.087, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 28/02/2012, publicado em 14/08/2012.

A terceira Seção desta Corte de Justiça, no julgamento do EResp 1.005.300/RS pacificou sua jurisprudência no sentido de que o tipo penal de porte ilegal de arma de fogo é delito de mera conduta ou de perigo abstrato, sendo irrelevante a demonstração de seu caráter ofensivo e prescindível a elaboração de laudo pericial para atestar a potencialidade lesiva da arma apreendida e configurar a tipicidade do delito. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 6º turma, AgRg no Resp 1.672.532, julgado em 17/10/2017.

⁷⁹ ROXIN, Claus. Ob. Cit, p176.

– nos crimes de resultado –, quando não basta para a completa infração à norma tão só o desvalor da ação, mas sim, principalmente, o desvalor do resultado. Neste último caso, o bem jurídico só passa a ser efetivamente atingido se o desvalor do resultado se materializar, como consequência do desvalor da ação⁸⁰.

Contudo, o conceito de ação deixa de ser o centro das atenções na teoria do delito, passando a figurar como elemento do tipo penal. A estrutura típica perdeu o caráter absolutamente mecanicista. Valores, mesmo que excepcionalmente, passaram a fundamentar a estrutura do injusto penal. Dessa forma, ampliou-se o conceito de ação para alcançar situações antes não abrangidas pelo conceito – como os crimes sem resultado naturalístico –, passando-se a admitir a verificação do desvalor da conduta no momento da responsabilização penal.

Porém, embora o tema “desvalor da ação e desvalor do resultado” por sempre estar presente em toda a dogmática do Direito Penal o seu papel se torna mais relevante a partir da teoria finalista, dada a sua concepção do injusto penal, isto é, o injusto penal não é produzido pela simples causalidade, mas somente como obra de uma determinada pessoa, tendo em vista os seus objetivos, motivos ou deveres para com o fato, que apresentam a mesma importância para o injusto que a lesão efetiva de bens jurídicos.

Para Hans Welzel, toda ação humana seria uma atividade final, dada a capacidade humana de previsibilidade das consequências de sua conduta, permitindo dirigir a ação para determinado fim. A intencionalidade do agente integra o tipo penal, mas sua verificação é posterior porque se faz necessária somente quando constatada a periculosidade objetiva da conduta. Porém, conclui-se a admissão de punir a mera ação, isto é, nos casos que o ato como tal seja impuro ou reprovável desde um ponto de vista ético social⁸¹.

Veja-se sua explicação:

O núcleo objetivo de todo crime é a ação, normalmente junto com a lesão ou a colocação em perigo de um bem jurídico que constitui as circunstâncias resultantes da ação. De acordo com isso, é feita uma distinção entre crimes de lesão e crimes de perigo concreto e abstrato, dependendo se a ação costuma trazer perigos consigo⁸².

Por outro lado, Roxin que não concorda com a teoria welzeniana, entende que a finalidade da ação depende daquela determinada no tipo penal, isto é, os elementos de significação relevantes seriam escolhidos unicamente pelo legislador. A pena deveria ser

⁸⁰ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p298.

⁸¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán: parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p39.

⁸² WELZEL, Hans. Ob. Cit, p109. – Núcleo objetivo de todo delito y acción, generalmente em conjunción con la lesión o puesta em peligro de un activo legal que constituía las circunstancias derivadas de la acción. De acuerdo con esto, hay una distinción entre delitos de lesiones corporales y delitos de peligro concreto y abstracto, dependiendo de lo que generalmente trae peligros contigo. **Trecho original da obra.**

aplicada levando-se em conta o conhecimento que o autor teria da danosidade social de sua conduta. Analisa a ação como uma manifestação da personalidade do sujeito, submetida ao controle do ego, sendo, portanto, possível a imputação ao agente, como centro anímico-espiritual da ação⁸³.

O próprio tipo penal não seria mais visto como no causalismo ou no finalismo, como um dado prévio ontológico, mas como produto da valoração legislativa, influenciada pela Política Criminal. O risco passa a ter um papel central na própria teoria do delito, admitindo conhecimentos político-criminais e empíricos, obrigando a dogmática a recorrer a essas novas informações.

Jakobs também critica a ideia do finalismo de analisar a antecipação psicológica de cursos causais na imputação penal, acredita que a vinculação da conduta e do nexos causal apenas pode ser dada com base em um esquema de interpretação, cuja configuração determinante deriva da constituição da sociedade, ao invés de um esquema exclusivamente individual. Opta por um esquema social de interpretação da ação, através de um processo comunicativo, no qual tanto seria relevante o emissor como o receptor da mensagem. Defende que a representação subjetiva do resultado apenas seria relevante no plano da comunicação se estiver baseada em um esquema de interpretação comunicativamente relevante, isto é, quando a ação for entendida como uma condição determinante para o curso causal, gerando um risco não permitido⁸⁴. Logo, na ótica do funcionalismo (pós-finalismo), o injusto penal está vinculado na dignidade humana.

Por fim, a construção da dogmática jurídico penal ainda não chegou ao seu ideal, pois, sempre estará sujeita a conflitos, como o próprio conceito de ação, e também em resguardar premissas basilares à proteção da dignidade humana e a cautela de proteção de bens jurídicos fundamentais diante da atuação repressiva, favorecendo a manutenção da funcionalidade do direito penal dentro do Estado Democrático de Direito. Assim, a concepção do injusto penal em um sistema pautado pela proteção de bens jurídicos seria vinculada a um desvalor do resultado, que destacasse a antijuridicidade dos efeitos dos comportamentos.

Por essa razão, que, permite o desvalor do resultado como um elemento autônomo, quando a periculosidade da conduta seja imprevisível para a finalidade, isto é, em caso de ignorância do agente. Nesse caso, poderia o desvalor do resultado intensificar o ilícito penal, através de um objeto de análise diversa do desvalor da ação. Enquanto o desvalor da ação

⁸³ ROXIN, Claus. Ob. Cit, p178.

⁸⁴ JAKOBS, Gunther. El concepto jurídico-penal de acción. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997, p101-125.

analisa o ato final como tal, o juízo de desvalor do resultado refere-se à capacidade de resultado do ato final, considerada objetivamente.

Por conseguinte, como o Direito Penal Econômico é visto por alguns autores como o Direito Penal do Perigo, por englobar crimes de perigo, a análise do risco não permitido permeará tanto o desvalor da ação como o desvalor do resultado. A ação seria relevante por permitir a criação do risco não permitido, já o resultado apresentaria o próprio risco criado.

2.6. O bem jurídico-penal supraindividual relacionado aos valores ético-sociais do finalismo

O estudo do bem jurídico é a primeira forma consequente para se abordar a valoração de um comportamento incriminado e, uma das formas mais consistentes de analisar o Direito Penal, estando à intervenção penal indissolúvelmente vinculada às determinações do bem jurídico. Assim, quando se analisa a estrutura do Direito Penal, concluímos que o que interessa, de fato, é o valor abstrato que se materializa nas normas, isto é, o bem jurídico-penal.

É notório o caminho histórico percorrido pelo “bem jurídico-penal” dentro da ciência jurídica penal através de suas diversas teorias, contudo, frisa-se que, os objetivos traçados nesse tópico não serão de abordar, de maneira exaustiva, a epistemologia do bem jurídico, a partir do seu marco inicial, o iluminismo, até os momentos atuais. Porém, em um Estado Democrático de Direito deve-se oferecer o ponto de partida para determinar a função do Direito Penal, pois, consiste essa determinação política num indício de que o Estado está preocupado em proteger os bens jurídicos. Assim, estudará a partir da teoria dualista de bem jurídico, que afirmam que bens individuais e coletivos são autônomos entre si e, que ambos merecem a tutela penal.

A figura de proteção a bens jurídicos possui duas facetas no Direito Penal, a primeira como função político-criminal e a segunda como função dogmática. Esta última diz respeito à utilidade da noção de bem jurídico atingido para fins de interpretação dos tipos penais, bem como os demais institutos da ciência penal. Enquanto, que, a outra possui o condão de realizar um controle de legitimidade da intervenção penal. Ou seja, determina que, para ser considerada passível de tutela penal, a conduta que se pretende combater deve lesionar ou causar risco de lesão a um bem jurídico penalmente relevante, tratando-se de importante ferramenta para o controle e racionalização do poder estatal de proibir condutas por meio da

ameaça penal⁸⁵. Figueiredo Dias concebe a ideia de que o bem jurídico, do ponto de vista político-criminal, precede ao ordenamento jurídico penal, como um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido, em nome do sistema social total, podendo-se afirmar que ele preexiste, por afigurar-se pré-jurídico (ontológico) ao ordenamento jurídico-penal⁸⁶.

Assim, a necessidade de formulação de normas penais nos sistemas jurídicos decorre, justamente, da necessidade de proteger determinados bens ou valores, que se encontram sob tutela jurídica, observando-se numa escala de importância a preferência pelo objeto de salvaguardar a existência do indivíduo. Estabelecer tais critérios para seleção de quais bens necessitaria de uma proteção jurídica penal exigiria um estudo, compreensão dos valores humanos e a concretização desses valores na sociedade. Com efeito, sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito⁸⁷.

Do mesmo modo, Ana Elisa Bechara mostra que os delitos, em geral, não são um ente ontológico, mas sim, uma criação artificial, resultante de um processo comunicativo de definição, no qual intervêm diferentes fatores sociais, de modo que a valoração sobre a intolerância a determinadas condutas pode sofrer variações conforme momentos históricos distintos, a partir da inter-relação de grupos sociais num contexto pluralista⁸⁸.

Neste sentido, a relação de bem jurídico a ser tutelado e a sanção penal é delimitada em função do valor atribuído ao bem jurídico lesado, por conseguinte, o Direito Penal perderia sua legitimidade e eficiência quando não exerce sua tutela sobre um bem jurídico essencial à convivência humana. Desse modo, o bem jurídico é dotado de relevância suficiente para ser objeto de proteção da norma penal incriminadora por meio da pena criminal. E sua função de tutela está atrelada à função de um Estado Democrático de Direito, consistindo essa determinação de que o Estado está preocupado em proteger os direitos, nos quais, a sociedade julga ser fundamentais. Conforme leciona Cláudio Brandão pontuando:

O Direito Penal ganha legitimidade quando se reveste na função de protetor de bens jurídicos. O Direito Penal, que no passado, como sabemos todos, foi utilizado como

⁸⁵ AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Bem jurídico, autonomia e drogas: um ensaio pra uma interpretação teleológica dos tipos penais de tóxicos. In: Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS, vol.6, n° 2, 2018, p253-297.

⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p67.

⁸⁷ LIBERATI, Wilson Donizete. Bem jurídico-penal e constituição. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Direito Penal e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000, p158-159.

⁸⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal. Tese de Livre-Docência. Faculdade d Direito da Universidade de são Paulo, USP. São Paulo, 2010, p83-84.

instrumento do arbítrio estatal, para, inclusive, acomodar situações desagradáveis ao governante, ao voltar-se, agora, para a garantia dos direitos da liberdade do homem, rompeu, de forma definitiva, com o terror penal⁸⁹.

Luiz Regis Prado segue na mesma conclusão, dizendo:

Os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal devem ser somente aqueles considerados fundamentais à convivência social pacífica, uma vez que devem estar integrados como valores essenciais de determinadas sociedades e, como tais carecedores de proteção jurídico-penal⁹⁰.

Ademais, a escolha desses bens jurídicos a serem tutelados é uma tarefa, um tanto quanto, desafiadora, porque somente devem ser considerados aqueles tidos fundamentais à convivência social pacífica. Liberati é um autor que vai dizer:

Que seria incoerente reclamar a proteção desses bens jurídicos se não estivessem identificados com a própria maneira de viver dos indivíduos dentro daquela comunidade. Nesse caso, a pena teria sua função desviada de sua finalidade, incorrendo em desastre social sua fixação para estabelecer e definir os acontecimentos da vida social⁹¹.

Pode-se dizer, de qualquer forma, que as doutrinas modernas que falam do bem jurídico encapam a figura da pessoa humana como fim, apesar de ser possível encontrar referências à necessidade de um “dano social”. Desse modo, servindo-se de fundamento de apoio para a definição e compreensão do conceito de bem jurídico que foi formulado em face das divergências ocorridas no século XIX sobre a função do Direito Penal. Como aponta Cláudio Brandão:

Santiago Mir Pug ao construir, doutrinariamente, um conceito para o Direito Penal no Estado moderno, fê-lo estruturando o Direito Penal ao Direito Constitucional, para quem não existe o Estado de Direito, mas o Estado Social e Democrático de Direito. [...]. Traçando um paralelo sobre a concepção de Direito Penal em cada modelo estatal, pontifica a imagem do Estado Social e Democrático de Direito deve oferecer o ponto de partida para determinar a função do Direito Penal, servindo como base não só da teoria da pena, como também da teoria do crime⁹².

Pensando no finalismo, que foi criada por Welzel, no início da década de 30, posteriormente sendo acolhida pelo legislador brasileiro. Tem como ponto de partida a concepção do homem como ser livre e responsável pelos seus atos. Consequentemente, as regras do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas apenas atos dirigidos finalisticamente, ou então a omissão de tais atos.

Para essa teoria, a conduta é o comportamento humano, consciente e voluntário, dirigido a um fim. Daí seu nome ‘finalista’, levando-se em conta a finalidade do agente. Não

⁸⁹ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. Vol.1. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p39.

⁹⁰ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p17.

⁹¹ LIBERATI, Wilson Donizete. Ob. Cit, p160.

⁹² BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p66.

desprezou todos os postulados da teoria clássica, ao contrário, preservou-os, a eles acrescentando a nota da finalidade.

Na concepção do autor, a missão do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas sim dos valores elementares da consciência, de caráter ético-social, e somente por inclusão a proteção de bens jurídicos particulares. Segundo essa concepção, a ameaça penal deve contribuir para assegurar os interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação, razão pela qual o delito é formado pelo desvalor da ação e o desvalor do resultado⁹³.

Na visão finalística o bem jurídico é tratado de modo secundário, reduzindo-se a simples desdobramentos naturalístico ou normativo dos valores ético-sociais, busca-se, em primeiro lugar, amparar determinados bens da vida da comunidade, contudo, a proteção de bem jurídico se dá a partir da garantia da vigência dos valores ético-sociais da ação, tais como, o respeito a vida, saúde e liberdade alheia. Daí, a proteção de valores ético-sociais nada mais é do que a incriminação da anti-sociabilidade, assim, não sendo incoerente que seus adeptos venham a conceituar o bem jurídico como um estado social, ou seja, uma determinada ordem, que se impõe como bem vital do indivíduo e da comunidade⁹⁴. Esses valores se presentes na consciência jurídica de um povo constituem-se o substrato ético-social das normas de Direito Penal.

E segundo o entendimento dessa teoria, a proteção ampla e duradoura de bens jurídicos só pode ser alcançada se o Direito Penal se interessar menos pelo resultado e mais pela ação em si. Isso porque o dano atual causado pelo crime é secundário quando comparado à solidez da conquista em fidelidade ao Direito, representada pela promoção dos valores ético-sociais elementares⁹⁵. Welzel, então, vai definir bem jurídico como sendo “um bem vital do grupo ou do indivíduo, que, em razão de sua significação social, é amparado juridicamente”⁹⁶.

Por fim, o autor é um crítico em relação à teoria neokantiana, por dizer, que, a metodologia subjetivista dá um caráter valorativo do fato por meio da outorga dos homens, Welzel vai dizer que a valoração dos fatos decorre da sua própria forma de ser. A noção de que cabe ao Direito Penal não apenas a proteção de bem jurídicos, mas também a promoção

⁹³ PRADO, Luiz Regis. Ob. Cit, p45.

⁹⁴ TAVARES, Juarez. Ob. Cit, p193-194.

⁹⁵ WELZEL, Hans. Direito Penal. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p30.

⁹⁶ O Autor, ainda, esclarece que o bem jurídico em seu substrato, na sua essência, pode apresentar-se nas formas mais variadas: como objeto ideal-psíquico (assim a vida, por um lado, e a honra pelo outro); como estado real (a paz do lar); como relações da vida (matrimônio, parentesco); como relação jurídica (propriedade, direito de caça); e até como conduta de um terceiro (dever de fidelidade do empregado público, protegido diante do suborno). Bem jurídico é, portanto, todo estado social pretendido que o direito deseja assegurar como lesões.

de determinados valores ético-sociais foi resgatada pelo discurso jurídico atual, sobretudo, na criminalidade ambiental.

No tocante ao objeto do capítulo, uma das características do Direito Penal Econômico é a criminalização de condutas que não afetem um bem jurídico individual determinado (como a vida, patrimônio, honra), mas sim, conceitos indeterminados e classificados como bens jurídicos supraindividuais⁹⁷ (bom funcionamento do sistema financeiro nacional, boas condições de concorrências e livre iniciativa etc.), à luz das teorias penais contemporâneas. Uma das causas está com o advento da sociedade de risco – conforme já mostrado – que ocasionou sérias modificações no tratamento oferecido à noção de bem jurídico penal. Tal fato está intimamente ligado à expansão do Direito Penal e a sua crise.

Assim sendo, os bens jurídicos perderam gradativamente o seu caráter exclusivamente individual, como a vida, a integridade física, o patrimônio. Os valores da vida coletiva passaram também a ter proteção constitucional. Desse modo, o Direito Penal passou a tutelar bem jurídico classificados como supraindividuais ou coletivos⁹⁸, e o caráter supraindividual da tutela penal é a criminalização das condutas que afetam conceitos indeterminados, visando a proteção da coletividade. Desta forma, para o Direito Penal, define-se bem jurídico-penal supraindividual como aquele com o qual pessoas indeterminadas ou de difícil determinação estabelecem, ao mesmo tempo, uma relação de disponibilidade limitada para a satisfação, ainda que indireta, de necessidades humanas essenciais.

Posto isso, infere-se que ao Estado não incube tão somente a proteção das condições individuais necessárias para se viver em sociedade, além disso, ao Estado, notadamente por meio do Direito Penal recai a obrigação de assegurar instituições estatais adequadas, pois tal pressuposto se figura essencial à proteção de garantia e coexistência pacífica. Logo, ganha o mesmo contorno de importância a proteção de outros bens jurídicos que ultrapassam a esfera do individual⁹⁹.

⁹⁷ Não obstante haja debate doutrinário no sentido de diferenciá-las, as expressões bens jurídicos supraindividuais, coletivos, suprapessoais, transindividuais, metaindividuais, institucionais, universais e outras são utilizadas, no geral, de maneiras indistintas. Tais terminologias são empregadas para classificar os bens jurídicos de titularidade não individual a partir de variados critérios, inexistindo uniformidade entre as diversas categorizações.

⁹⁸ Em princípio, a categoria dos bens supraindividuais abarcaria tanto os bens de titularidade difusa quanto os de titularidade coletiva. O Código de Defesa do Consumidor conceitua os interesses ou direitos coletivos como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível e de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Os direitos coletivos não se confundiram com os difusos, também de natureza indivisível, cuja titularidade pertence a pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato. Art. 81, parágrafo único, I, CDC.

⁹⁹ Conforme as explanações de Roxin “pode-se observar facilmente que uma administração da justiça organizada e um sistema monetário estável são necessários para o livre desenvolvimento de cada um na sociedade”. Para o autor, o bem jurídico deve ser definido como todo objeto legítimo de proteção das normas

No Brasil as proteções dos bens jurídicos encontram guarita na Carta Magna de 1988 conforme apontam alguns autores, como Luiz Regis Prado, que para ele o legislador ordinário sempre deverá ter em conta os valores consagrados na Constituição, bem como suas diretrizes, para definir os bens jurídicos que serão objetos de tutela penal, em razão do caráter limitativo desta, encontrando-se, nas normas constitucionais as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas¹⁰⁰.

Não obstante, Luiz Regis Prado, ainda, aponta a importância de um dos princípios norteadores do Direito Penal, que trata da exclusiva proteção do Bem Jurídico, na qual, retrata as funções que o bem jurídico desempenha na sociedade. Nas palavras do autor:

As principais funções desempenhadas pelo bem jurídico na área penal podem ser assim elencadas: a) função de garantia: o bem jurídico é erigido como conceito-limite na dimensão material da norma. Essa função, de caráter político-criminal, restringe o *jus puniendi* estatal e indica que não se pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais; b) função teleológica: como um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção de determinado bem jurídico, como conceito central do tipo; c) função individualizada: como critério de medida da pena, no momento concreto de sua função, levando-se em conta a gravidade da lesão do bem jurídico (desvalor do resultado) e; d) função sistemática: como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal. Os próprios títulos ou capítulos da parte especial são estruturados como lastro no critério do bem jurídico em cada caso pertinente. Para que o bem jurídico possa bem cumprir o seu papel protetivo em uma sociedade democrática, deve a lei penal respeitar sempre os princípios penais de garantia¹⁰¹.

Na mesma concepção, Figueiredo Dias aponta que em face da proeminência que a Lei Maior outorga à liberdade pessoal e à dignidade da pessoa humana, a eventual restrição de um bem somente poderá ocorrer para a indispensável garantia de outro valor constitucional, caracterizando o injusto material quando há um ataque a bens de mesma analogia, que sejam dotados de relevância ou compatibilidade constitucional, ou ainda que se encontrem sintonizados com a concepção de um Estado Democrático de Direito¹⁰².

Assim, a teoria do bem jurídico, que sustenta os tipos penais, depende da materialidade na Constituição. O aspecto material da Constituição é que possibilitará a dedução de parâmetros que subjazem ao estabelecimento de seus valores, visto que a

decorrentes de circunstâncias reais dadas, o que indica que os bens jurídicos não se configuram, necessariamente, como um conceito preexistente ao legislador, podendo, inclusive, por ele ser criado, desde que essencial à garantia da função social do Direito Penal. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p19.

¹⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. Ob. Cit, p92.

¹⁰¹ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed, v. 1, 2002, p119.

¹⁰² Ibidem, p93-94.

“Constituição regula, mas não codifica”¹⁰³. Desse modo, cria-se um Direito Penal voltado para o combate da criminalidade e, ao mesmo tempo, concretiza a preservação dos direitos fundamentais. Assim, a intervenção penal não se restringe somente sob o ângulo de sua limitação, mas, também, sob a perspectiva de legitimação positiva em face de novas realidades, com novos riscos a bens individuais e supraindividuais, visão na qual adequa-se ao modelo de Estado de Direito. E considerando que a legitimidade da intervenção penal está diretamente ligada à tutela de bens jurídicos fundamentais à convivência social previsto na Constituição, o estudo da tutela econômica enquanto bem jurídico supraindividual terá necessariamente de coadunar-se aos ditames da Lei Maior.

A partir dessa constatação não se pretende afirmar que a Constituição consagra expressamente um catálogo exaustivo de objetos de tutela penal, na verdade, compartilha-se do entendimento, segundo o qual, estes bens jurídicos podem estar pressupostos, expresso ou implicitamente, situação na qual, serão deduzidos mediante uma análise sistemática e teleológica, desde que, se coadunam com valores primordiais nela consagrados¹⁰⁴.

Contudo, no que diz respeito à ordem econômica, não se pode extrair da Constituição um mandamento de criminalização expresso para sua tutela, porém, entende-se que, o constituinte trouxe a importância dê-se reconhecer no próprio texto da Constituição a necessidade de certo grau de tutela, a qual pode ser concretizada, ainda que não exclusivamente, pelo Direito Penal. Dessa forma, a Constituição, além de representar um limite para a intervenção jurídico-penal, ela também indica a necessidade de tutela de bens jurídicos fundamentais nela consagrados, sem se descuidar dos princípios norteadores do Direito Penal, como, a subsidiariedade, a fragmentariedade, a ofensividade, pois, assim, não partindo para a incriminação somente com base no fundamento constitucional do bem jurídico¹⁰⁵.

A constatação da necessidade do grau de proteção do bem jurídico, embora que de forma implícita, é encontrada no Título VII da Constituição Federal de 1988 denominado de “Da Ordem econômica e Financeira”. *In verbis*: Art. 170. A ordem econômica, fundada na

¹⁰³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Direito Penal, Estado e Constituição. São Paulo: IBCCrim, 1997, p167. Para o autor, a premissa para exame da interpretação, por critérios metodológicos, prende-se em especial ao exame da jurisprudência dos valores da Constituição em alguns dos principais tribunais incumbidos da guarda da Constituição. Ressalta, ainda, a importância da forma de interpretação da Constituição, pois, segundo ele, “não existe valor constitucional que resista na sua capacidade de determinação do conteúdo do direito infraconstitucional sem que exista uma interpretação da Constituição voltada para a confirmação daqueles valores”.

¹⁰⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição. São Paulo: RT, 2003, p23-28.

¹⁰⁵ PASCHOAL, Janaina Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo. São Paulo: RT, 2003, p55-59.

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; 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.

E partindo desse pressuposto, Renato de Mello Jorge Silveira entende que a proteção da ordem econômica abarca a proteção do sistema financeiro nacional, da ordem tributária, do adequado funcionamento das empresas e do mercado, podendo ainda englobar, por determinação constitucional, as relações de consumo o meio ambiente, mencionados no artigo anterior¹⁰⁶.

O autor ainda afirma:

O Direito Penal Econômico é claro exemplo também da proteção penal difusa. [...]. Identifica-se o bem jurídico não só supraindividual, mas verdadeiramente intermediário, nem claro exemplo da presença de interesse difuso a ser protegido. Entende-se, assim, como protegida a própria ordem socioeconômica. [...]. A violação da ordem econômica ocorre sempre de modo amplo, indistinto, já que inviável a apuração de agressão de bem imaterial comum aos cidadãos. Em outras palavras, não é possível apontar quais os indivíduos prejudicados pela prática de um conduta descrita em tipo penal econômico, seja ela qual for¹⁰⁷.

Com efeito, embora exista autorização constitucional pela proteção a um bem jurídico de ordem econômica, o legislador opta pela criação de legislações penais especiais estimulando a criação de mais crimes de perigo, sobretudo de perigo abstrato, viabilizando-se a tutela de bens que ofendem a ordem econômica como um todo. Assim, na legislação brasileira identificam-se os delitos econômicos, como sendo: a) Delitos contra a ordem econômica: arts. 4º e 5º da Lei 8.137/1990 e arts. 1º e 2º da Lei 8.176/91; b) Delitos contra o Sistema Financeiro: arts. 2º ao 23 da Lei 7.492/86 e art. 10 da Lei Complementar 105/2001 e arts. 359-A a art. 359-H do Código Penal; c) Delitos de Lavagem de dinheiro: Lei 9.613/98; d) Delitos contra o mercado de capitais: arts. 27-C 27-D e 27-E da Lei 6.385/76; e) Delitos contra a ordem tributária: arts. 1º ao 3º da Lei 8.137/90 e art. 334 do Código Penal; f) Delitos contra a Previdência Social: arts. 168-A e 337-A do Código Penal; g) Delitos Societários: art. 177 do Código Penal; h) Delitos contra a Economia Popular: arts. 2º a 4º da Lei 1.521/51; i)

¹⁰⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. São Paulo: RT, 2006, p26-27.

¹⁰⁷ Idem, p144-145.

Delitos contra o enriquecimento ilícito: art. 9º da Lei 8.429/92; j) Delitos contra a relação de consumo: arts. 63 aos 76 da Lei 8.078/90 (CDC) e art. 7º da Lei 8.137/90.

Mediante o exposto, sem a pretensão de esgotar o tema já se afirmou que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico é todo aquele que se relaciona com a manutenção da ordem econômica, ou seja, a economia popular, o sistema financeiro, o sistema tributário, o sistema previdenciário, as relações de consumo, isto é, o objeto de proteção é a segurança, e a regularidade da realização da política econômica do Estado.

3. CULPABILIDADE

A culpabilidade é a responsável por diferenciar a conduta do ser humano normal e apto ao convívio social, dotado de conhecimento do caráter ilícito do fato típico livremente cometido, do comportamento realizado por portadores de doenças mentais, bem como de pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e também dos atos de seres irracionais ou de pessoas que não possuem consciência do caráter ilícito do fato típico praticado ou não têm como agir de forma diversa¹⁰⁸.

A origem da definição de culpabilidade reside na Alemanha, conforme aponta Cláudio Brandão que a definição pode ser deduzida na sentença do Tribunal Federal Alemão, que a identificou como um juízo de reprovação pessoal, *in verbis*: “A pena requer a culpabilidade antes. A culpabilidade é reprovabilidade. Com o desvalor da culpabilidade se censura ao autor por não haver se comportado conforme o direito, não tendo se decidido por ele, quando podia se comportar conforme ele, quando podia se decidir por ele”¹⁰⁹.

A culpabilidade, então, é compreendida, seja uma doutrina nacional, quer seja estrangeira, como a reprovabilidade pessoal do injusto – juízo de censura –, que incide sobre a formação e a exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito, com o propósito de aferir a necessidade de imposição da pena, ou seja, é um juízo de reprovação que recai sobre o autor do fato, que, tendo a possibilidade de agir conforme o Direito age de forma contrária a ele. Logo, a base dessa reprovação é feita através da consciência da antijuridicidade.

Para Bitencourt a culpabilidade atribuída ao Direito Penal possui triplo sentido em seu conceito. Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. Em segundo lugar, a culpabilidade, como elemento da determinação ou medição da pena¹¹⁰, funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros fatores, como a

¹⁰⁸ MASSON, Cléber. Ob. Cit, p376.

¹⁰⁹ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p215.

¹¹⁰ A culpabilidade como elemento de determinação da pena está apresentada no art. 59 Código Penal, funcionando como critério de graduação da reprimenda a ser aplicada, ou seja, como seu limite. **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: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; [...].

importância do bem jurídico. E, em terceiro lugar, a culpabilidade, como conceito contrário à responsabilidade objetiva, que, nessa concepção impede a atribuição da responsabilidade penal objetiva, assegurando que ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível e se não houver agido, pelo menos, com dolo ou culpa¹¹¹.

Nesse espeque, quando se fala da relação existente entre culpabilidade e medida de pena, é necessário fazer a distinção entre ambos, pois no âmbito do finalismo, estudam-se os seus pressupostos – imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa – que afirmam ou não a existência de uma ação culpável. Já como medida da pena, entendemos a culpabilidade como um elemento que indicam quais são os fatores que possuem relevância para a magnitude da pena no caso em concreto. Dessa forma, aderimos ao entendimento de Juarez Cirino quando afirma que o legislador pátrio, bem como a doutrina que segue esse entendimento, comete uma impropriedade metodológica ao definir a culpabilidade, no momento da aplicação da pena, como uma simples circunstância judicial¹¹².

Então, distinguir a culpabilidade como elemento do crime da culpabilidade para a medida da pena não quer, de forma alguma, insinuar que tais conceitos são separados. O elo deles está no conceito material de culpabilidade, uma vez que esse elemento é primordial para própria existência do crime, e, em virtude da sua possibilidade de graduação, pode levar a uma diminuição da culpabilidade e, por conseguinte, da pena.

Por conseguinte, a palavra “culpada” carrega uma carga axiológica negativa, por referir-se a um juízo de reprovação que se faz ao autor de um fato, ademais, é um elemento importante e necessário para a estruturação de um crime, já que o futuro do direito penal é o futuro da culpabilidade¹¹³. Por isso, que, a culpabilidade é o elemento mais importante do delito, porque o Direito Penal há muito tempo abandonou a responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva, para debruçar-se sobre a responsabilidade pessoal.

Para o leitor, é de conhecimento da doutrina que a culpabilidade possui vários sentidos para ciência penal, como por exemplo, a culpabilidade vista como um princípio penal. Porém, nessa parte o que nos interessa é estudar a culpabilidade como elemento do delito, haja vista, que, é onde reside a potencial consciência da ilicitude, conseqüentemente o erro de proibição e que será tratado em capítulo oportuno.

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte geral. Vol. 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p972-973.

¹¹² SIQUEIRA, Leonardo. Formação histórica da culpabilidade: A passagem da concepção psicológica a normativa e suas relações com a medida da pena, In: Culpabilidade e Pena. [s.n]. 2016, p72-73.

¹¹³ LISZT, Franz Von. Tratado de derecho penal. Tomo. II. Madrid: Réus. s/d. 2006, p390.

3.1. A culpabilidade como elemento da teoria do delito

A culpabilidade como elemento do conceito analítico de crime, refere-se ao juízo de reprovação que recai sobre a conduta praticada por alguém. É a reprovabilidade que incide sobre as condutas típicas e antijurídicas. A importância da culpabilidade como categoria autônoma no sistema do delito foi fundamental para a dogmática penal que caminha no sentido de um direito penal humanitário e garantista, a tal ponto que a doutrina chega a afirmar que a distinção entre antijuricidade e culpabilidade foi a principal conquista da ciência penal alemã, que foi elaborada, ainda no século XIX por Liszt.

A separação entre ilicitude e a culpabilidade só foi possível em virtude da ideia de Liszt de colocar o conceito de ação como pedra angular da teoria do delito, onde a conduta humana funcionaria como um conceito de enlace entre os elementos do crime. O definia o ato como conduta voluntária que causa uma modificação no mundo exterior. Num primeiro momento, a ideia de ato pressupõe a manifestação da vontade, isto é, livre de violência física ou psicológica e motivada pelas representações¹¹⁴.

Do conceito de ação de Liszt podemos extrair três elementos primordiais, quer dizer, a manifestação da vontade, o nexos de causalidade e o resultado. A relação entre o resultado e a manifestação da vontade pode existir objetivamente e subjetivamente. No seu aspecto objetivo, a relação entre os elementos existe em face de o resultado ter sido causado ou não impedido pela manifestação da vontade, examinado a partir da relação de causalidade. Já sob o prisma subjetivo, a relação se afirma quando o agente, no momento da manifestação da vontade, previu ou poderia prever o resultado, ou, no dizer de Liszt, quando culpavelmente o agente causou ou não evitou o resultado, conjugando aqui os elementos dolo e culpa. Dessa forma, tínhamos de um lado a ilicitude que possuía caracteres unicamente objetivos, sendo entendida como um ato, no seu aspecto objetivo, contrário ao direito, e a culpabilidade que é criada e desenvolvida como detentora apenas de elementos subjetivos, sendo assim, uma relação psíquica que ligaria o autor ao fato criminoso¹¹⁵.

O raciocínio elaborado por Liszt de um homem dotado de autodeterminação livre, capaz de decidir pelo Direito e não pelo o injusto é o que define o conteúdo da culpabilidade, como “poder evitar”, que no entendimento de Claus Roxin, tendo este como consequência a responsabilidade da pessoa por haver formado ilicitamente sua vontade quando poderia tê-la formado licitamente, ou seja, por não ter se omitido na prática da ação antijurídica quando lhe

¹¹⁴ SIQUEIRA, Leonardo. Ob. Cit, p71.

¹¹⁵ FERREIRA, Matheus Henrique Santos; COLEN, Guilherme Coelho. Culpabilidade, pena e proporção: uma relação simbiótica. In: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito. vol 11, nº 23, jan-abr. 2019, p274.

era possível ou, ainda, que decidiu pelo injusto quando poderia ter atuado conforme o Direito. Contudo, o autor esclarece que essa ideia não se sustenta conforme a possibilidade de demonstração empírica do livre arbítrio, a verificação de que no momento do fato o sujeito poderia ter agido de outro modo também não é cientificamente possível e, então, a solução seria sempre a absolvição pelo *in dubio pro reo*¹¹⁶.

Para o autor Jorge de Figueiredo Dias 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 atuação na vida, não lese ou ponha em perigo bens juridicamente protegidos. Dessa forma, a culpabilidade assume um conteúdo material, com fundamento na liberdade do sujeito e sempre em referência a um fato e à personalidade do homem¹¹⁷.

A culpabilidade, então, se assenta em três pilares básicos, quais seja a deliberação consciente e voluntária da prática do fato 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 dever¹¹⁸.

Assim, as primeiras escolas de Direito Penal se esforçaram para chegar a uma teoria realmente adequada para tratar dos delitos, imbuída pela necessidade de se humanizar a pena e aplica-la de modo proporcional. Conforme leciona Cláudio Brandão:

Que o positivismo buscou da um caráter de cientificidade e criou, destarte, a teoria psicológica da culpabilidade, o neokantismo que inicialmente possibilitou a construção da teoria psicológico-normativa e posteriormente, possibilitou também o finalismo, que deu uma roupagem puramente normativa para o instituto¹¹⁹.

Em virtude disso, a concepção causalista e as suas variações foram importantes na construção dogmática da teoria do delito como a que temos nos dias de hoje, todavia, ao longo do século XX e também no século atual, a culpabilidade passou por várias modificações

¹¹⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal, p799-800.

¹¹⁷ Para o autor, a 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-ser. DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p199-202.

¹¹⁸ Ibidem, p205.

¹¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p222-223.

que acabaram por transformá-la em um conceito muito complexo e repleto de alternativas. Com a concepção normativa, superando, assim, a ideia original de Liszt, deixamos de lado um conceito meramente descritivo para termos uma culpabilidade normativa que tem como base a reprovabilidade, permitindo, dentre outros fatores, a possibilidade de graduação, iniciando, de forma decisiva, uma íntima relação com a aplicação da pena. E no finalismo a culpabilidade é vista como o juízo de censura dirigido ao autor do fato ilícito, quando lhe era exigível uma conduta em tal direção.

Conforme é pertinente a lição de Bitencourt:

A elaboração dos primeiros contornos do conceito de culpabilidade coube a Merkel, que conseguiu reunir dolo e culpa sob o conceito de determinação de vontade contrária ao dever. A tipicidade foi o último predicado que se somou na construção da forma quadripartida do conceito de delito, permitindo o Beling, seu autor, formular a seguinte definição: ‘delito é a ação típica, antijurídica, culpável, submetida a uma cominação penal adequada e ajustada às condições da dita penalidade’¹²⁰.

Uma observação a se fazer é que a definição de crime nele apresentada é fruto da elaboração das teorias alemãs, construídas na segunda metade do século XIX. Nesse interim, temos o atual conceito de crime como sendo a ação típica, antijurídica praticada por agente culpável, ou seja, em nada mudou o conceito. O que mudou de lá pra cá foi à forma de como esses elementos são encarados na nova perspectiva do Direito Penal. Igualmente, como bem ensina Greco, que “nosso Código Penal não nos fornece um conceito de crime, sendo, portanto, o mesmo, um conceito eminentemente jurídico, vez que não existe um conceito de crime fornecido pelo legislador”¹²¹.

Portanto, a culpabilidade que interessa ao conceito analítico de crime é aquela cuja natureza está evidenciada como fundamento da pena, composta por três elementos normativos: a capacidade de culpabilidade ou inimputabilidade (capacidade de o sujeito responder juridicamente pela prática do dano punível praticado); a consciência da ilicitude (é a possibilidade de o agente ter conhecimento sobre a proibição de o seu agir, sobre o conteúdo proibitivo da sua conduta); e a exigibilidade da conduta diversa (é a possibilidade de o agente agir de outra forma, que não cometendo crime, ou seja, a liberdade de escolha sobre seu agir).

3.2. Do conteúdo psicológico ao normativo puro da culpabilidade

A progressão histórica da teoria do delito passa necessariamente pela evolução do instituto da culpabilidade. Cada fase da culpabilidade lhe confere não somente um conteúdo distinto, mas também, uma formatação diferente. Assim, superamos com a história da ciência

¹²⁰ BITENCOURT, Cézaro Roberto. Tratado de direito penal, p389.

¹²¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito penal: parte geral. 17ª ed. Niterói. Impetus. 2017, p142.

penal a responsabilidade objetiva, onde não existia a culpabilidade até chegarmos à culpabilidade normativa, com a qual se trabalha o ordenamento jurídico penal. Portanto, uma breve análise será feita, desde a concepção psicológica até se chegar ao finalismo, que se adota a teoria normativa pura da culpabilidade e que leva em consideração este marco teórico para os estudos do erro de proibição.

3.2.1. Teoria psicológica da culpabilidade

A primeira teoria conhecida na doutrina é a teoria psicológica da culpabilidade. Na qual foi responsável por substituir a responsabilidade objetiva no período medieval, embora, ainda, não houvesse essa divisão que conferisse à culpabilidade autonomia como elemento do crime, o que somente ocorreria no período clássico. A autonomia da culpabilidade dependia da sua capacidade de se manter separado do conceito de ilicitude, levando, o que não poderia ser diferente, a uma concepção psicológica da culpabilidade. Assim, as exigências do ambiente positivista da época restariam cumpridas¹²².

Mesmo assim, Francisco de Assis Toledo entende que a teoria psicológica da culpabilidade não pode ser elaborada como histórica e cronologicamente a primeira que se construiu a respeito da culpabilidade, pois, no seu entendimento o dolo no direito romano não era apenas psicológico, como o próprio autor aponta:

Ao contrário, apresentava-se mais complexo e enriquecido. Distinguiam, com efeito, os romanos, duas espécies de dolo: o *dolus malus* e o *dolus bonus*. O *dolus bonus* era empregado para designar a astúcia, a sagacidade para enganar. O *dolus malus* era essa mesma astúcia quando empregada não simplesmente para enganar, mas para a obtenção de um proveito ilícito, era a intenção má, perversa, que dirigia um ato criminoso. Ou seja, este dolo era claramente um elemento anímico-intencional avaliado como mal, perverso. E por isso pode-se identifica-lo como “valorado, normativo, adjetivado de mau”¹²³.

Possuir a culpabilidade um status científico levava necessariamente, em virtude dos imperativos da época, a criação de um conceito de culpabilidade que se diferenciasse dos demais elementos do crime, notadamente, nesse caso, da antijuricidade. O ambiente da época influenciou uma construção da teoria do delito que partia de uma divisão em duas partes que se manifestavam separadamente em face da percepção pelos sentidos, quer dizer, a parte externa e a parte interna.

Para Zaffaroni e Pierangeli, “a culpabilidade, vista sob a óptica da teoria psicológica, era tida como a relação psicológica que havia entre a conduta e o resultado, sem qualquer

¹²² SIQUEIRA, Leonardo. Ob. Cit, p74.

¹²³ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, p220.

elemento normativo, mas apenas com uma pura descrição de uma relação”¹²⁴. Entretanto, essa teoria se mostra falha quando não consegue explicar outros institutos da culpa.

Conforme explica Veloso dizendo:

Essa teoria não respondeu a todas as indagações a respeito das relações psicológicas do evento delituoso com o seu autor, como defende Jescheck, segundo o qual tal concepção psicológica logo se mostrou insuficiente, porque não dava respostas às questões de quais relações psíquicas deviam considerar-se relevantes juridico-penalmente e porque sua presença fundamenta a culpabilidade e sua ausência a exclui¹²⁵.

Assim, Liszt expressa claramente esta concepção. Para o autor “o dolo, pois, deve definir-se, em primeiro lugar, como a representação do resultado, que acompanha a manifestação de vontade, não sendo necessária a consciência da antijuridicidade”¹²⁶. Dessa forma, deve-se ressaltar que, mesmo assim, não era unânime a exclusão da consciência da antijuridicidade da teoria do delito, pois alguns afirmavam a necessidade de sua presença no dolo sendo este conhecimento da lei um requisito do dolo exigido apenas na sua forma potencial¹²⁷.

Percebe-se que esse conceito é descritivo e uma mera imputação subjetiva, o que não permite a quantificação da culpabilidade e, por conseguinte, é imprestável na medida da pena privativa de liberdade. Apesar dos adeptos da concepção psicológica afirmar que a medida é possível, tendo em vista que as espécies de culpabilidade – o dolo e a culpa – levam a uma gradação, pois o dolo é mais grave do que a culpa, o que não deixa de ser correto, é importante salientar que dentro dessa teorização, mais do que espécies ou graus de culpabilidade, estamos tratando de distintas culpabilidades, o que nos leva a afirmar que não se pode falar de maior ou menor culpabilidade.

Essa crítica acaba por mostrar à fragilidade da concepção psicológica no tocante a medida da culpabilidade e, evidentemente, da pena, pois falar de graduação por dolo ou culpa, dentro dessa teoria, não quer dizer em medição da culpabilidade, e sim, diferentes culpabilidades, o que não é a mesma coisa. Bem como, a concepção psicológica da culpabilidade também não é capaz de frear o poder punitivo do Estado, muito pelo contrário, acredita-se que esse conceito estava orientado para uma defesa social, não cumprindo qualquer função de garantia. Apesar de que, sem embargos das críticas que o período clássico

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIARANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p605.

¹²⁵ VELOSO, Roberto Carvalho. A Inexigibilidade de conduta Diversa e sua aplicação no crimes Contra a Ordem Tributária. Tese de Doutorado, 2008, 240 folhas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008, p133.

¹²⁶ BRANDÃO, Claudio. Teoria Jurídica do Crime, p225.

¹²⁷ Ibidem, p226.

receba em relação à teoria psicológica, não é de se negar um grande avanço na história da ciência penal, pois, com a teoria clássica foi possível afastar o cego direito penal do resultado.

Leonardo Siqueira mostra que os objetivos da teoria psicológica da culpabilidade, e muito mais, são perceptíveis, ainda que não assumida claramente, a influência do pensamento do positivismo criminológico italiano, até porque não temos uma culpabilidade que julgue o autor pela ação delituosa que cometera, e sim, uma apreciação primordialmente sobre o indivíduo, ou como dizia Liszt, sobre a sua história¹²⁸.

A teoria psicológica da culpabilidade foi o formato que dominou a estrutura desse aspecto do crime sob o panorama causal-naturalista, e como tal enfrentou inúmeros questionamentos dos quais decorreram a sua superação. Nesta teoria a metodologia naturalística aplicada despe a culpabilidade dos elementos normativos, retira-se a consciência da antijuridicidade do dolo, que passa a ser concebido como pura previsibilidade aliada à vontade da realização do fato, abandonando-se, assim, o conceito de dolo formulado pelos romanos¹²⁹. Logo, esses problemas da teoria psicológica da culpabilidade, aliados aos demais que se viam como consequência da teoria causal-naturalista de crime, ocasionou o desenvolvimento da estrutura da culpabilidade, o que se deu sob a perspectiva neokantista.

3.2.2. Teoria psicológico-normativa da culpabilidade

Com as críticas referentes à teoria da causalidade, rompendo-se com os naturalistas, foram surgindo vinculações do Direito Penal com valores ético-sociais, colocando-os como parâmetro principal na verificação do delito. Dessa forma, deu-se a Reinhard Frank, em 1907, de forma vaga e difusa a formulação da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, a qual foi aperfeiçoada depois por Mezger e Goldschmidt, estes dando linhas científicas ao conceito de culpabilidade¹³⁰. Isso, porque se verificou de que no estado de necessidade exculpante, por exemplo, o conceito psicológico não era suficiente e também a imputabilidade não era pressuposto da culpabilidade, mas a integrava.

Veja-se a explicação de Brunoni:

O Primeiro passa para uma concepção normativa de culpabilidade foi dado por Frank, que concebeu por primeira vez a culpabilidade como “reprovabilidade” do fato. A culpabilidade assim entendida se caracteriza por um juízo de censura ao sujeito que realizou um injusto, que consiste em analisar até que ponto e em que condições sua atitude interior é reprovável por ter-se oposto ao dever¹³¹.

¹²⁸ SIQUEIRA, Leonardo. Ob. Cit, p76.

¹²⁹ BRANDÃO, Cláudio. Ob. Cit, p226.

¹³⁰ Ibidem, p227.

¹³¹ BRUNONI, Nivaldo. Princípio de culpabilidade: considerações: fundamento, teoria e consequências. Curitiba: Juruá. 2008, p143.

A culpabilidade, então, deixa de ser um fenômeno puramente natural, de cunho psicológico, pois a ela se atribui um novo elemento, estritamente normativo, inicialmente chamado de normalidade das circunstâncias concomitantes e, posteriormente, de motivação normal, atualmente definido como exigibilidade de conduta diversa.

Frank identificou que as circunstâncias concomitantes, que compunham o contexto fático no qual o ato criminoso era praticado eram utilizadas nas decisões judiciais para a medição da culpabilidade e mesmo em sentido leigo circunstâncias desfavoráveis significavam menor culpabilidade e, sendo assim, era estranho que essa interpretação comum básica não encontrasse eco na lei¹³². Logo, a imputação seria a culpabilidade formal, enquanto a reprovabilidade seria a culpabilidade material¹³³.

Ainda mais, Frank não se contrapunha ao dolo e culpa como integrantes da culpabilidade, mas entendia-os como elementos de um conceito mais amplo e complexo, que levasse em conta as circunstâncias concomitantes, a imputabilidade e que exprimisse um juízo de reprovabilidade ao autor, em retribuição ao comportamento proibido. Nesse sentido, essa teoria não eliminou da culpabilidade o vínculo psicológico (dolo ou culpa) que une o autor imputável ao fato por ele praticado, mas a reforçou com a exigibilidade de conduta diversa.

Vale salientar, como faz Brandão, que a culpabilidade não deixa de ser “psíquico”, o que ocorre, por certo, é que a partir de Frank esse mesmo “fato psíquico” não vai ser mais descrito ou explicado, e sim, valorado pelo sistema jurídico, a partir dos valores, e isso é fundamental para a crítica posterior, estabelecidos pelo próprio sistema.

Leonardo Siqueira demonstra a necessária valoração das circunstâncias concomitantes que devem ser aferida além do dolo ou culpa.

A culpabilidade passa a girar em torno do conceito de reprovabilidade ou, melhor dizendo, um juízo de reprovação ao executor do fato. Para se falar de culpabilidade, além do elemento subjetivo – dolo e culpa – e da imputabilidade, é necessário o juízo de reprovabilidade, que é feito valorando a normalidade das circunstâncias que levam um aumento, diminuição ou até mesmo exclusão da culpabilidade¹³⁴.

Falando de direito penal, a culpabilidade – que passa a ter um cunho ético indisfarçável – passa a ser o elemento de valoração feito pelo julgador, que passa a examinar, a partir das escolhas feitas pelo próprio sistema, se a conduta é digna de ser reprovada ou não. Porém, a questão aqui seria a relação entre a culpabilidade normativa e a medida da pena, pois, ao que parece maior será a culpabilidade quanto mais se afasta a conduta – ou poderia

¹³² FRANK, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Tradução Gustavo Eduardo Aboso. Montevideu. *Apud*. ZINI, Júlio Cesar Faria Editor, 2004, p25.

¹³³ MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Libro de estudio. Perte general. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p185.

¹³⁴ SIQUEIRA, Leonardo. Ob. Cit, p78.

dizer a personalidade – dos parâmetros éticos definidos pelo direito, levando, dessa maneira, a uma pena maior. O Inverso também seria correto, ou seja, quanto mais próxima é a conduta dos valores éticos estabelecidos, menor é a culpabilidade e a pena, podendo, inclusive chegar a sua exclusão.

Os elementos tratados aqui foram frutos de aperfeiçoamento da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, feito por outros grandes doutrinadores do Direito Penal, pois, conforme afirma Brunoni: “Frank concebeu a culpabilidade como reprovabilidade, Goldschmidt, por sua vez, analisou a culpabilidade sob o prisma da contrariedade ao dever”¹³⁵.

Nesta toada, o próprio Goldschmidt aponta sua explicação:

A reprovabilidade sobre a conduta é feita a partir da distinção entre norma jurídica e norma de dever. Enquanto a norma jurídica determina uma conduta externa conforme essa norma, a de dever exige que o particular se motive pelas representações de valor jurídico, e não por motivos opostos, sendo a culpabilidade uma vinculação normativa de um fato psíquico, onde os estados anímicos seriam colocados dentro de uma escala de valores¹³⁶.

A distinção operada por Goldschmidt entre norma jurídica e norma de dever, possibilitou fundamentar a reprovação do autor na consciência da antijuricidade do tipo de injusto realizado e, da mesma forma, basear a exigibilidade de motivação conforme a norma de dever na normalidade das circunstâncias do fato. No entanto, isso não quer dizer que a teoria de Goldshmidt supera as críticas de que a culpabilidade é, no fundo, um processo ético. Isso fica claro pela análise oportuna de Luis Jimenez de Asúa quando ele afirma que Segundo Goldschmidt, a culpabilidade tem como conteúdo a não motivação pela representação do dever jurídico, apesar da exigibilidade, consistindo o elemento normativo como o juízo sobre a existência de semelhante oposição. A análise seria feita a partir de cada caso em concreto levando em consideração as circunstâncias do fato e o indivíduo com as suas qualidades e conhecimento¹³⁷.

E trazendo especificamente para o direito penal, a expressão “exigibilidade” – o que ocorre também com a expressão antijurídico – permite conciliar, por exemplo, a coação moral irresistível com a norma proibitiva contida no art. 121, CP (crime de homicídio). Da mesma forma, permite, com certa precisão, determinar quais são os comportamentos que serão reputados como exigíveis e inexigíveis sem a necessidade de um número intermináveis de

¹³⁵ BRUNONI, Nivaldo. Ob. Cit, p144.

¹³⁶ GOLDSCHMIDT, James. La concepción normativa de la Culpabilidad. BdeF. Buenos Aires. 2002, p91-92.

¹³⁷ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Ob. Cit, p166.

normas que os comportamentos poderiam gerar, levando a uma disfuncionalidade para o próprio sistema jurídico.

A posição na doutrina de que a exigibilidade não seja normativa, de que ela não encerra nenhum juízo de valor, pelo contrário, ela é formal, genérica e não é dotada de conteúdo específico, ela não assinala o conteúdo específico de decisão, mas resplandece e ilumina o caminho para tanto, partir da sua real função de ponderação dos critérios valorativos, sendo, dessa maneira, um princípio jurídico regulativo.

Segundo mostra Leonardo Siqueira que:

Para corroborar o posicionamento defendido, podemos citar o conceito de justa causa, que Henkel vai buscar no direito civil, com o propósito de comprovar a tese acima referida. O autor fala que a lei estabelece nos contratos de serviços, por exemplo, a revogação extraordinária, tornando-a, dessa maneira, autorizada, desde que tenha “justa causa”, o que apesar de ser extremamente genérica, é vital para a própria operacionalidade do sistema jurídico, que se esfacelaria caso fosse necessário – na verdade impossível – que a lei estabelecesse taxativamente cada uma dessas possibilidades. É nesse momento que entra o conceito de exigibilidade, a partir dos parâmetros acima referenciados, que serviria para dar concretude e indicar, caso a caso e individualmente considerado, a possibilidade ou não de incidência, dando concretude a esses elementos¹³⁸.

Entretanto, há doutrinas defendendo que a exigibilidade é um conceito normativo e valorativo, exatamente porque não se busca descrever ou explicar o “fato psíquico”, mas valorá-lo a partir dos valores estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico. Porém, essa teoria também se mostrou insuficiente, porque havia casos em que faltavam elementos intrínsecos à culpabilidade para que se fizesse um juízo de reprovação do fato, e faltando um desses elementos, o autor do fato poderia ser considerado inculpável.

Edmund Mezger, outro defensor à teoria psicológico-normativa, também via na culpabilidade como um juízo de reprovação, concebendo o dolo como *dolus malus*, ou seja, ao qual se integrava a noção de consciência da antijuridicidade. Essa teoria retoma o conceito de dolo dos romanos, o dolo é visto como elementos da culpabilidade, ao lado da culpa, e é considerado como vontade e previsibilidade aliadas ao elemento normativo consciência da antijuridicidade¹³⁹.

Nesta concepção, a consciência da antijuridicidade adota uma posição fundamental: censura-se o fato em virtude de o indivíduo ter podido conhecer a ilicitude de sua vontade. Dada à relevância da consciência da antijuridicidade que a culpabilidade deixou de ser um puro nexos psicológico para ser um juízo normativo. O que se pretende dizer com isso é que além de dolo e culpa, há outros elementos que devem ser considerados, tais como a

¹³⁸ SIQUEIRA, Leonardo. Ob. Cit, p82.

¹³⁹ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p227.

reprovabilidade sobre o fato, ou mesmo a consciência da ilicitude da conduta, ou, ainda, as circunstâncias do fato. Dessa forma, exige-se o conhecimento atual e real da consciência da antijuridicidade, que é um fato psicológico¹⁴⁰. Portanto, para Mezger, a consciência da antijuridicidade era não só um ponto de partido, como também um elemento da culpabilidade, posição que poderia, na ausência desse componente, ser ocupada pelo que se chamou de “atitude hostil ao Direito”¹⁴¹.

3.2.3. Teoria normativa pura da culpabilidade

A ideia de superação da concepção ‘complexa’ de culpabilidade em razão de envolver elementos psíquicos e normativos se deu através da teoria da ação, por isso chamamos de teoria normativa pura à concepção da culpabilidade para a teoria finalista da ação. Idealizada por Welzel, que a despiu, eliminando seus elementos psicológicos, passando o dolo e a culpa para a ação, tendo a culpabilidade autêntica aparência normativa, uma vez que a culpabilidade, como reprovabilidade passa a ter um conceito puramente normativo, já que os elementos anímicos, ou psicológicos foram retirados da mesma para integrar o tipo subjetivo, a ação.

A conversão de um conceito psicológico em um conceito normativo puro da culpabilidade abriu a porta a uma matriz que, de certo modo, despreza a individualidade posto que converta a identificação da culpabilidade em um mero processo de atribuição. Os critérios normativos são unicamente atribuídos, e não têm nenhuma vinculação com o ‘ser’, adotando standards de condutas e supressão à característica de identidade individual do culpado¹⁴².

Welzel foi capaz de observar a estrutura lógico-objetiva da conduta e a descreveu. Tal qual, dividiu-se a ação em duas fases, uma interna e outra externa. A primeira delas, fase interna, se dá na esfera do pensamento, compondo-se de dois momentos principais. Inicia-se com a proposição de um fim, o qual caracteriza a finalidade da conduta. A fase externa é momento da escolha dos meios para realização do fim proposto, formando-se a vontade de realização, que seria o dolo. Por esses meios é que se tem a capacidade de o autor da conduta ter tido a previsibilidade de causalidade, conforme o próprio autor explica.

O autor determina, com base em seu saber causal e em um movimento de retrocesso a partir do fim, os fatores causais que são necessários para sua consecução, inclusive aquele movimento corporal com o qual pode pôr em marcha toda a cadeia causal (meios de ação). Esse processo mental é chamado retrocesso, porque o fim está já

¹⁴⁰ Ibidem, p227.

¹⁴¹ MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Libro de estudio. Perte general, p251.

¹⁴² BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. Revista Liberdades, v 8, 2011, p56.

determinado e é partindo dele que se leva a cabo a seleção dos fatores causais necessários como meios da ação¹⁴³.

Desse entendimento podemos extrair que o dolo é uma espécie de vontade de realização de um fato tido como tipo penal. Com efeito, quando o dolo é descolado para a ação ele foi sem seu elemento normativo, que é a consciência da antijuricidade. Assim, o dolo volta a ser puramente naturalístico e pertence à ação, separado, portanto, da culpabilidade¹⁴⁴. Então, a afirmação amplamente difundida, que afirma o enriquecimento da culpabilidade pela inclusão da reprovabilidade como elemento central, permitindo assim que seja a análise do indivíduo dentro das circunstâncias do fato, o fator para se afirmar a reprovabilidade ou não, e que só com a concepção normativa é possível a limitação para a imposição da pena, deve ser examinada com cautela¹⁴⁵.

Isto comporta a ideia que a limitação imposta pela culpabilidade ao poder de punir do Estado é mais ficta do que real, tendo em vista como se configura a reprovabilidade e o juízo de valor dela derivado, vê que aquilo que é reprovável ou não já está previamente determinado pelas próprias estruturas do sistema jurídico penal, em contraposição ao afirmado pela doutrina tradicional que diz que permitiria uma exculpação de inúmeras e incontáveis hipóteses não previstas pelas próprias estruturas do sistema penal. Vê-se que essa afirmação, apesar de amplamente e exaustivamente difundida, não condiz com a realidade, a partir de uma diagnose do sistema penal.

A teoria normativa pura permite a mudança e, até mesmo, a inclusão de novos “casos” de inexigibilidade de comportamento diverso. Mas, essa abertura para novos casos de exculpação não é feita de forma aleatória. Definitivamente, não é somente o caso em concreto o elemento fundamental para se firmar a exigibilidade, tendo em vista que o sistema jurídico é valorativo por excelência, levando-o, assim, a fazer recortes da realidade, ou seja, se aquele caso em concreto está abarcado pelo recorte que o valoriza como inexigível, assim será tratado.

Bem como, deve-se ressaltar que o finalismo não objetivava afastar por completo dolo e culpabilidade, por essa razão, a culpabilidade é vista como reprovabilidade, e por isso é tido como uma carga axiológica negativa que recai sobre a determinação da ação humana e, por ser predicado da ação, a culpabilidade reflete a todos os componentes do delito, inclusive o dolo. Neste sentido, a culpabilidade é um conceito valorativo negativo e, portanto, um conceito graduável. Com base nesse critério, a vontade de ação possui, ou é portadora, de uma

¹⁴³ WELZEL, Hans. O novo Sistema Jurídico-penal. São Paulo: RT, 2001, p13.

¹⁴⁴ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p174.

¹⁴⁵ SIQUEIRA, Leonardo. Ob, Cit, p86.

culpabilidade maior ou menor, é mais ou menos culpável, mas ela mesma não é a culpabilidade¹⁴⁶.

Nota-se, que o que fez Welzel não foi o esvaziamento do conceito de culpabilidade, conforme explicado e também como uma parte da doutrina, minoritária, acredita. Assim, embora, Welzel tenha retirado da culpabilidade dolo e culpa colocando-os na ação, a culpabilidade passa por uma reformulação, já que passa a ser puramente normativa, haja vista que os elementos psicológicos da culpabilidade são extintos por dar lugar aos elementos normativos.

Nesse entendimento, assinala Brunoni:

Para os finalistas, pois, a culpabilidade é compreendida como um “puro” juízo de reprovação sobre o autor, por não haver este se omitido da ação antijurídica ainda quando podia fazê-lo. Dolo, situado no tipo, é concebido como objeto do juízo de censura da culpabilidade. Portanto, com a teoria normativa pura a estrutura da culpabilidade sofre uma redefinição nos seguintes termos: A) reprovabilidade da conduta típica e antijurídica; B) imputabilidade ou capacidade de culpabilidade (de entender e querer); C) potencial conhecimento do injusto; D) exigibilidade de comportamento ajustado ao Direito. A culpabilidade concebida como *reprovabilidade*, nos termos propostos pela teoria normativa pura, é aceita pela doutrina dominante [...] ¹⁴⁷.

Outrossim, na teoria normativa pura da culpabilidade, a consciência da antijuricidade, ao lado da exigibilidade de conduta diversa e da imputabilidade é analisada conforme a reprovação pessoal. Dessa forma, podemos afirmar que essa teoria aponta ser a consciência de antijuridicidade o elemento mais importante da culpabilidade. No presente trabalho o que interessa é a consciência da antijuridicidade, pois é sobre esse elemento que incide o erro de proibição. Pois, com o advento das teorias da culpabilidade, vinculadas à teoria finalista da ação, passou-se a separar a consciência da conduta que o agente pretende praticar da consciência da antijuridicidade, de forma, que o dolo se refere à consciência daquilo que se deseja praticar, sendo formado pelos elementos cognitivo e volitivo. Dessa maneira, diferenciam-se as teorias da culpabilidade das teorias do dolo, pois essas últimas colocavam a consciência da antijuridicidade e a consciência do fato próximo para se verificar a existência ou não do dolo¹⁴⁸.

Por conseguinte, que para a concepção normativa pura, a culpabilidade foi despida de todo elemento psicológico para tornar-se puramente normativa. O elemento psicológico (dolo) está na ação e não na culpabilidade. A culpabilidade possui somente elementos normativos: é

¹⁴⁶ WELZEL, Hans. Ob. Cit, p89.

¹⁴⁷ BRUNONI, Nivaldo. Ob. Cit, p1489-1490.

¹⁴⁸ Na dogmática existem quatro teorias para analisar a localização da consciência de antijuridicidade na teoria do delito, são elas: a teoria estrita do dolo; a teoria limitada do dolo; a teoria estrita da culpabilidade; e a teoria limitada da culpabilidade, nas quais, todas serão abordadas oportunamente em capítulo próprio.

formada pela potencial consciência da antijuricidade, da imputabilidade e da exigibilidade de outra conduta¹⁴⁹.

O Código Penal pátrio, na sua parte geral, positivou os três elementos da culpabilidade desenvolvida pela teoria finalista da ação. Assim, a opção do legislador foi normatizar a consciência potencial de antijuricidade (art. 21 do Código Penal), a imputabilidade (arts. 26 e 28 do Código Penal) e a exigibilidade de conduta diversa (art. 22 do Código Penal)¹⁵⁰, como os institutos que realizarão o juízo de censura sobre o sujeito que praticou um fato típico e antijurídico, isto é, um injusto. Portanto, podemos afirmar que o legislador brasileiro fez uma escolha pelo conceito de culpabilidade em sintonia com a teoria normativa pura, o que ratifica a opção pela estrutura finalista da teoria do delito.

3.3. A culpabilidade como realização do injusto apesar de idoneidade para ser destinatário de normas

Normalmente, existem inúmeras outras concepções que definem a culpabilidade na doutrina conforme seu marco teórico, contudo, não é salutar mencioná-las por uma razão de não ser objeto central do trabalho e, caso contrário, seria necessário explorar todo o seu conteúdo. Porém, de forma breve, a concepção de culpabilidade trazida por Roxin possui uma estreita relação com o erro de proibição que é colocado pelo autor. Embora a doutrina de Roxin não seja o marco temporal do trabalho, sua explicação acerca do erro de proibição é interessante a título de complementação.

¹⁴⁹ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p175.

¹⁵⁰ **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. 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.

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.

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos; § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. § 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Para essa concepção Roxin começa com uma indagação dizendo, de que constituição subjetiva deve apresentar o autor, para que se possa falar de culpabilidade, pensando que atualmente o conceito normativo da culpabilidade é ‘reprovabilidade’? Roxin vai dizer que, a resposta hoje frequentemente formulada da perspectiva do conceito normativo de culpabilidade, segundo o qual a culpabilidade é ‘reprovabilidade’, não esclarece a questão. Poder-se-ia da mesma forma dizer que a culpabilidade é imputabilidade subjetiva. Para o autor, a culpabilidade dentro destes conceitos é abrangente, mas vazios de conteúdo, não dizem nada a respeito do que é que está, afinal, reprovando ou imputando subjetivamente¹⁵¹.

O autor defende esta teoria demonstrando em um exemplo:

Se parto da premissa de que ultrapassar um sinal vermelho é um crime, e se vejo uma pessoa esperar, impecavelmente, até que o sinal se torne verde, mas ao fim, porque deseja pegar um trem, esta pessoa ultrapassa o sinal vermelho a uma velocidade acelerada, ela agiu culpavelmente, pois o fato de ficar ela, de início, corretamente parada diante do sinal vermelho mostra com clareza que ela podia compreender a mensagem normativa ‘deve-se aguardar diante do sinal vermelho’, assim, essa pessoa é idônea para ser destinatária da norma.

Pegando o mesmo exemplo, mas com uma pessoa cujo desenvolvimento mental se encontra no nível de uma criança pequena não consegue compreender a mensagem expressada por um sinal vermelho, sendo incapaz de entender, *in abstracto*, porque certas vezes não se podem atravessar as ruas, esta pessoa não é idônea para ser destinatária de normas e, em virtude disso, inculpável¹⁵².

O autor finaliza que é fácil observar que este modelo também pode explicar a exclusão da culpabilidade no caso de erro de proibição inevitável. Por exemplo, aquele que não consegue reconhecer que faz algo proibido seja por ser originário de um país com regras completamente distintas, [...]. A tal sujeito, a norma não pode dirigir-se de maneira que influencie o seu comportamento, de modo que ele é inculpável¹⁵³.

¹⁵¹ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p138.

¹⁵² *Ibidem*, p138-139.

¹⁵³ *Ibidem*, p139-140.

4. CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NO INJUSTO PENAL ECONÔMICO

No capítulo anterior discorreremos sobre a evolução histórica da culpabilidade e sua formação como um princípio do Direito Penal e, também como elementar do crime. Neste capítulo visamos analisar a ‘antijuridicidade’ e a ‘consciência da antijuridicidade’ em todos os seus elementos, a fim de que possa delimitar no próximo capítulo o campo da ‘inconsciência da ilicitude’, isto é, o erro de proibição, e conseqüentemente à exclusão da culpabilidade ou diminuição de pena.

4.1. A formação e definição da consciência da antijuridicidade e a ideia do injusto penal

Em primeiro lugar, a primeira questão a ser esclarecida será a terminologia empregada no estudo, os termos ‘ilicitude’ e ‘antijuridicidade’ geralmente são usados como sinônimos, seguindo-se a tradição da doutrina pátria quanto ao tratamento nominal do instituto. Com esse trabalho não será diferente, seguiremos o mesmo tratamento. Porém, é dê-se ressaltar, que há autores que explicam a necessária diferenciação entre os termos com o intuito de não confundir o leitor. Com efeito, no universo da teoria geral do direito, a infração penal (crime e contravenção penal) constitui-se em um fato jurídico, já que a sua ocorrência provoca efeitos no campo jurídico.

Logo, seria incoerente imaginar que um crime (fato jurídico) seja revestido de antijuridicidade, nesse caso ocorreria uma contradição. Por tal razão, alguns autores preferem utilizar a expressão ‘ilicitude’, em vez de ‘antijuridicidade’, seguindo, dessa maneira, a opção preferida pelo legislador pátrio que no art. 23 CP, valeu-se da rubrica “exclusão de ilicitude” e não se referindo como antijuridicidade¹⁵⁴.

Conforme ensina Bitencourt dizendo:

A reforma penal de 1984, seguindo a orientação de Assis Toledo, adotou a terminologia ilicitude, abandonando a tradicional, antijuridicidade, que o Código Penal de 1940 utilizava, de resto consagrada na maioria dos países europeus, com exceção de Portugal (...). Não se pode negar que o delito, no plano abstrato-jurídico, é uma criação do Direito, que o define, traça os seus contornos e estabelece as conseqüências de sua realização. O próprio Direito privado relaciona o delito como um fato jurídico ao inclui-lo entre os chamados atos ilícitos. Nessa linha de orientação, Binding já afirmava que quem pratica um delito não contraria a lei, que prevê o tipo proibitivo; ao contrário, amolda-se a ela ao realizar exatamente o modo de conduta que a mesma descreve¹⁵⁵.

A primeira ideia de descobrir a origem da consciência da antijuridicidade é apontada por Jorge Figueiredo Dias, que busca estabelecer a explicação da origem baseando-se fundamentalmente em Hegel. Este autor distingue o dolo (vontade de praticar o fato) da

¹⁵⁴ MASSON, Cléber. Direito Penal. Parte geral, p320.

¹⁵⁵ BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte geral, p870-871.

consciência ética, que está no plano da objetividade, e debruça-se sobre a posição do agente sobre o bem e o mal, o lícito e o ilícito. Todo homem traz originalmente consigo uma consciência ética individual, porque tal consciência ética está na estrutura fundamental do próprio existir humano¹⁵⁶.

Outra proposta em discutir sobre a origem da consciência da antijuridicidade está no agir comunicativo do indivíduo, que pode ser desenvolvido a partir da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal tem como uma de suas premissas a dignidade da pessoa humana¹⁵⁷ e é a partir desta que se pode extrair a autonomia moral do homem como sua concepção servindo, inclusive, como base de desenvolvimento dos diversos ramos do Direito. Bem como, decorreria o princípio da culpabilidade e permitiria admitir a culpabilidade como reprovabilidade pelo poder agir de outro modo.

No entanto, a autonomia não deve se confundir com liberdade. Enquanto que a primeira é a capacidade de vontade livre, a segunda é a possibilidade de agir conforme a vontade, nesse ponto, de nada valeria a autonomia sem a liberdade. Em suma, o homem é um ser autônomo moralmente e isso o caracteriza como sujeito e para que essa autonomia se realize ela precisa estar vinculada obrigatoriamente à liberdade.

Immanuel Kant demonstra quando diz:

A liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o único direito pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes¹⁵⁸.

E se falar em dignidade da pessoa humana corresponde a afirmar sua autonomia e sua liberdade, então se pode concluir que a noção de homem livre é a única premissa possível para trabalhar o objeto deste estudo. Desse modo, a Constituição Federal proclama o homem como um ser autônomo e livre, porque sem os dois, deixa de ter sentido a dignidade. Daí, que a partir dos elementos (vontade e liberdade) que o indivíduo se integra na sociedade por meio da comunicação. E para se formar a consciência da antijuridicidade o agir comunicativo do

¹⁵⁶ Se atenta que em Hegel, enquanto trata do problema do conhecimento das circunstâncias no âmbito da questão do dolo, conexiona o da consciência da ilicitude com a doutrina sobre a consciência ética. Este segundo problema, porque ancorado no plano do direito da objetividade, não tem que ver com o *Recht des Wissens* que conforma e delimita o dolo, mas com a posição do agente perante o bem e o mal, o lícito e o ilícito. Uma coisa é com efeito, a finalidade que se propõe a consciência de si e que faz parte do dolo da ação real concreta; outra a pretensão de aquela consciência possa ter que proclamar como boa e devia uma ação que não o é na objetividade. Aqui não se trata, como ali de agir por desconhecimento, mas agir com má consciência ética. DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000, p286.

¹⁵⁷ Art. 1º, CF – 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 fundamento: (...); **III – A dignidade da pessoa humana** (...).

¹⁵⁸ KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Bauru: Edipro, 2005, p83.

indivíduo deverá estar em consonância com os valores condensados nos modelos de comunicação, que estão presentes nas normas. A consciência da antijuridicidade limitará este agir comunicativo do sujeito, que se não agir conforme o direito terá sua conduta reprovada pelo único instrumento existente para fazer a reprovação da conduta individualmente considerada: a pena. Por meio dessa comunicação, o indivíduo pode apreender o sentido do que é querido pelo Direito e do que não é querido, adquirindo assim, a consciência da antijuridicidade¹⁵⁹.

Concebendo que a palavra consciência tem sua origem no termo latino *conscientia*. Dita palavra poderia significar tanto o conhecimento que tem por objeto as impressões, que em latim era representado pela expressão *scio me scire*, quanto o conhecimento que tem por objeto as próprias ações, que em latim era representado pela expressão *scio me agere*. Em português, a palavra consciência abrange esses dois significados. Filosoficamente, a consciência está voltada para a integração. É um atributo exclusivamente humano, que possibilita ao homem tomar uma distância em relação ao mundo para realizar os mais altos níveis de integração.

Quanto à questão da definição de consciência, é certo que não é um conceito jurídico propriamente dito, devendo-se buscar na Psicologia sua definição. Para a psicologia, a consciência está no sistema fisiológico da percepção, sendo uma apreensão de sentido, às vezes ligada ao sistema pré-consciente, às vezes ligada diretamente ao mundo exterior. Ela deve ser concedida como vigilância, cujo oposto é a inconsciência, reconhecível na participação do indivíduo nos acontecimentos do ambiente.

Contudo, não devemos absorver o conceito de consciência simplesmente como ele é apresentado na Psicologia, com efeito, é tarefa do hermeneuta do Direito adequar este conceito à categoria lógico-jurídica, que precisa ser estudada, isto é, deve adequá-lo à consciência da antijuridicidade, de acordo com a sua função no Direito Penal. Jorge de Figueiredo Dias ensina que só podemos estudar a consciência da antijuridicidade partindo da análise teórica dos termos consciência e antijuridicidade¹⁶⁰.

Para o Direito Penal, considera-se a consciência como um saber “perceptivo” no sentido de um estado disposicional, isto é, a consciência é uma apreensão de sentido, com base na percepção, tendo em vista um determinado estado disposicional. Neste sentido, a ação humana passa por várias fases, uma delas é a sua elaboração intelectual, assim, a consciência

¹⁵⁹ BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal, p57.

¹⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema da falta de consciência de ilicitude em Direito Penal. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p4.

da antijuridicidade é o conhecimento da significação ilícita do comportamento, esse dito conhecimento é atingido na fase da elaboração intelectual da ação. O conhecimento é, destarte, prévio à modificação do mundo exterior, acarretada pela ação¹⁶¹. Dessa forma, não se poderia, por exemplo, no âmbito penal, definir a consciência como sendo um estado de espírito. Se assim se definisse, nenhuma contribuição traria para a compreensão do problema, numa reflexão mais profunda, pode-se afirmar que a consciência da antijuridicidade está presente em qualquer ato de comunicação que o indivíduo realize a partir de quando ele chega a uma reflexão de sociedade.

A conceituação de antijuridicidade, que é o segundo elemento do conceito analítico do crime, passa a ser sintetizada como um juízo de valor negativo ou desvalor que atribui ao fato do homem a qualidade de ser contrário ao Direito, dando à ação o caráter de não aceitação pelo ordenamento jurídico. A antijuridicidade busca um propósito feito pelo legislador, na qual, encerra um juízo de desvalor, que é expresso em dois significados: que a ação humana realizou um tipo penal de forma que não foi autorizado por uma norma do Direito; e que o agente violou com sua conduta um bem jurídico¹⁶². Deste modo, a antijuridicidade se torna a essência do crime, de tal forma que um dos elementos significativos do crime à luz do ordenamento jurídico está na antijuridicidade, pois, como o crime é uma violação a uma proibição legal, definida em lei, sob a ameaça de uma pena, a antijuridicidade se traduz nessa proibição legal.

Hoje, levando-se em conta o sistema finalista, adotado pelo Código Penal brasileiro, e o conceito analítico de crime, temos que a antijuridicidade compõe a estrutura do delito e significa a contrariedade do fato típico a todo o ordenamento jurídico, de forma que se existir no ordenamento jurídico norma incentivando ou permitindo conduta típica, o fato permanece típico, mas não ilícito. Porém, como se não bastasse, a exata compreensão da antijuridicidade para doutrina penal é importante, haja vista, que, serve como base para compreender a essência do crime. Dessa forma, alguns autores, nacionais e estrangeiros, são imprescindíveis de menciona-los quanto à sua conceituação.

Edmund Mezger contribui afirmando:

Diz que a antijuridicidade é um juízo sobre a ação, pelo qual a questão da ação adquire uma determinação jurídico-normativa. Este juízo, que a ação contrasta com

¹⁶¹ BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília. N° 34, p55-62. Out/Dez. 1997, p56-57.

¹⁶² BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p149.

o ordenamento jurídico e com a norma legal, caracteriza qualitativamente a ação como 'ilícita' ou na verdade 'antijurídica'¹⁶³.

Beling, teórico do causalismo, apresenta sua concepção:

Entende-se que a antijuridicidade não comporta divisões. Quando uma ação é antijurídica, ela o é em todos os ramos do Direito, porém, quando ela extrapola certos limites objetivamente previstos em lei, estará sujeita a uma sanção penal. Não há que se falar, pois, em uma antijuridicidade administrativa, civil, tributária, penal, etc., visto que ela é uma só para todo o ordenamento. Quando uma conduta não entra em contradição com o ordenamento jurídico, não há que se falar em ação punível na esfera penal, ainda quando contradiga um ordenamento estranho, como a moral ou os costumes¹⁶⁴.

Welzel, por sua vez, diz:

O desacordo da ação com as demandas impostas pela lei que se realizam na vida social. A ação é constituída de uma unidade de elementos objetivos e subjetivos; o elemento objetivo é a modificação no mundo exterior e o subjetivo consiste no psíquico do agente. E para o autor a antijuridicidade é um juízo de valor objetivo, feito sobre o substrato exterior da ação, qual seja, a modificação no mundo exterior. Esse juízo se realiza tendo como base uma escala geral, a saber: o Ordenamento Social-Jurídico¹⁶⁵.

Trazendo para a doutrina brasileira, Nelson Hungria considera a antijuridicidade como um elemento do crime. Para ele o crime constitui uma ação a uma só tempo típica e antijurídica. Define a ação antijurídica como aquela que está positivamente em contradição com a ordem jurídica, porque a excepcional licitude de uma conduta típica só é encontrada na órbita do Direito positivo. A antijuridicidade deve sempre ser inferida objetivamente, isto é, não depende da opinião do agente, nem estão condicionadas a sua capacidade de Direito Penal.

Miguel Reale Júnior já entende que o Direito faz parte de um elemento da cultura, e, por isso, o Direito está sujeito à modificação pelo condicionamento social. Os valores que constituem a realidade cultural estão em constante mudança, e é desses valores culturais mutantes que se depreende a noção de uma antijuridicidade pré-normativa, ou melhor, de uma antijuridicidade genérica ainda não consubstanciada em preceitos precisos e certos. Há, portanto, em cada época, uma antijuridicidade genérica, pré-normativa, parte desta atmosfera que constitui o mundo circunstante, que está presente na consciência jurídica dos indivíduos e que irá presidir e inspirar todo o ordenamento¹⁶⁶.

Posto isso, Cláudio Brandão leciona dizendo que:

A consciência da antijuridicidade vem sendo o conceito mais difícil de estabelecer em todo o Direito Penal, todavia, apesar dessa dificuldade, ela é o elemento mais

¹⁶³. MEZGER, Edmund. *Diritto Penale*. Tradução italiana de Filippo Mandalari. Padova: CEDAM. 1935, p182. *Apud*. BRANDÃO, Cláudio. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. Brasília. a 34, n. 133. Jan/mar. 1997, p24.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p25.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p25.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p27-28.

importante da teoria do delito contemporâneo. Sua importância é tamanha que Jescheck chega a afirmar que através do reconhecimento da consciência da antijuridicidade como base da reprovação da culpabilidade, o processo de moralização do Direito Penal alemão alcançou o seu cume¹⁶⁷.

Portanto, a consciência da antijuridicidade não pode se basear numa presunção, mas sim, como um fato, ou seja, o agente a possui ou não possui. E paradoxalmente, embora os estudos da consciência da antijuridicidade estejam relacionados com a conduta humana contrária ao direito, Maurach faz a seguinte observação, “a teoria da antijuridicidade é, na prática, uma teoria do conforme o direito, a saber, a apresentação daquelas condutas que, apesar do cumprimento do tipo, são no caso particular, não antijurídicas”¹⁶⁸.

Disposto a isso, tanto nas teorias do dolo, quanto nas teorias da culpabilidade, ambas, procuram de alguma forma explicar a consciência da antijuridicidade na teoria geral do delito. Para as teorias do dolo, consciência da antijuridicidade é elemento do dolo; para as teorias da culpabilidade, a consciência da antijuridicidade é elemento autônomo do juízo de culpabilidade, definitivamente separada do dolo. A importância do estudo das teorias está no fato de a falta de consciência da antijuridicidade dever excluir o dolo ou a culpabilidade.

Trabalhando brevemente o segundo objeto de estudo do capítulo em tela referente ao injusto penal, estes, são importantes, começando pelo conceito para se determinar como se relacionam o tipo penal e a ilicitude. A partir do final do século XIX, com uma doutrina penal de matriz causalista e já com a dogmática estruturada na divisão tripartida do crime, já havia essa preocupação para poder adequar a relação tipo-ilicitude¹⁶⁹. E a partir desse momento, várias teorias foram surgindo para determinar essa relação, até chegarmos ao que conhecemos de teoria da *ratio essendi*¹⁷⁰, adotada pelo Código Penal brasileiro.

Para entendermos a relação entre tipo-ilicitude, o conceito de injusto penal é necessário, e nesse caso, Juarez Tavares conceitua-o de instituto que reúne os conceitos de tipo penal e ilicitude, dentro da estrutura do crime. Usando sua própria transcrição, “a teoria do injusto penal passa normalmente pela construção e constituição do tipo de delito,

¹⁶⁷ BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal, p55.

¹⁶⁸ MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal. Barcelona: Ariel. 1962, p347.

¹⁶⁹ Desde o causalismo de Liszt e Beling, até as tendências pós-finalistas, há uma preocupação em se delimitar o conteúdo, os limites e as funções dessa anunciada relação. Trata-se do estudo e da sistematização de parcela fundamental do conteúdo da teoria geral do delito. O marco histórico apresentado é colocado a partir do sistema causalista, porquanto antes desse período ainda não existia conceituação dogmática do tipo penal, da forma como atualmente se utiliza o conceito. Beling, em 1906, apresentou à doutrina penal a expressão *tatbestand*, concebendo o crime, seus elementos e os pressupostos de punibilidade. Inicia-se, ali, o estudo do tipo penal como categoria autônoma da teoria do delito. Todavia, as menções históricas a períodos anteriores ao do sistema causalista serão importantes para a compreensão da evolução dos conceitos que ora são analisados. LOPES, Luciano Santos. Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p29.

¹⁷⁰ Remetemos o leitor ao tópico 4.5.3. para conhecimento da teoria.

complementada depois pela análise negativa das causas de justificação da conduta”¹⁷¹. Fica assim, determinada a desconformidade da conduta com a normatividade de um ordenamento jurídico-penal e, para complementar este conceito, ainda é preciso incorporar a categoria da culpabilidade, como uma relação entre o agente censurável e o injusto praticado.

A partir de então, com as propostas de Mayer e Mezger, é que se começa a construir a noção do injusto penal com conotação subjetiva, que até então a noção de tipo penal era apenas meramente descritiva na visão Beling. Surgem então às discussões sobre os elementos subjetivos e normativos do tipo penal, de forma excepcional, frise-se. Contudo, é no finalismo que essa noção subjetiva se estratifica no conceito aqui tratado, de forma definitiva e como regra geral¹⁷².

4.2. A relação entre ilicitude, antijuridicidade, antinormatividade e o injusto penal

O termo “ilicitude” surgiu no Direito Penal moderno no século XIX, exatamente com a apropriação do conceito sistematizado por Jhering, para o Direito Civil. Certo é que o conceito de ilicitude surge para o Direito Penal com a necessidade de diferencia-lo com a culpabilidade, assim, o conceito de ilicitude surgiu com uma característica de contrariedade objetiva do fato às normas positivadas. A censurabilidade da pessoa, por subjetivamente querer se conduzir contrariamente à norma, ficava para a culpabilidade¹⁷³.

Merkel¹⁷⁴, por outro lado, já trabalhava de forma diferente a separação entre ilicitude e culpabilidade, para o autor, a ilicitude seria uma violação ao mandato ou a proibição da lei. Segundo Merkel, um inimputável não seria um destinatário da norma por não conseguir compreendê-la, porquanto não poderia obedecê-la por não ter capacidade de se portar em conformidade com o imperativo categórico da norma. Assim, os atos praticados por um

¹⁷¹ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p129.

¹⁷² LOPES, Luciano Santos. Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude, p31.

¹⁷³ Que se apresentava, naquele momento histórico, de forma psicológica. Culpabilidade era a relação subjetiva do autor com o próprio fato. Era o momento revelador da vontade do agente. Liszt assim a conceituava: “O injusto criminal, como o delito civil, é ação culposa. Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva. Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido. No Direito Penal, trata-se somente do fato de incorrer o agente em responsabilidade criminal; a desaprovação da ação ao mesmo tempo pronunciada, o juízo sobre o seu valor jurídico ou moral é circunstância completamente acessória. Segundo o Direito atual e abstração feita de algumas exceções esparsas, a culpa supõe: 1º, a imputabilidade do agente (...); 2º, a imputação do resultado. VON LISZT, franz. Tratado de direito penal; Tomo I, p260. *Apud* LOPES, Luciano Santos. Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude, p35.

¹⁷⁴ Só pode ser sujeito a um crime aquele indivíduo cuja a vontade de certos acontecimentos podem ser atribuídos do ponto de vista criminoso, porque daí procedem e o caracterizam, efeito do qual, podem ser contabilizados e a cargo dele. O conjunto das propriedades de um indivíduo, que são decisivas nesta matéria no sentido de nossa lei atual, constitui sua imputabilidade e culpa. **(Tradução nossa)**. MERKEL, Adolf. Derecho penal. Parte general. Traducción por Pedro Dorado Montero. Buenos Aires/Montevideo: Euros Editores/B de F Ltda. 2006, p53.

inimputável não poderia ser taxados de ilícitos, porque negariam a própria ilicitude, gerando um ilícito inculpável. Contudo, a concepção de Merkel não é bem aceita, haja vista, que, sua separação entre ilicitude e culpabilidade é centrada na vontade, dificultando a cisão da objetividade e subjetividade do conceito de delito¹⁷⁵.

Em meio a essa dicotomia, é certo que essa diferenciação surge inicialmente a partir do sistema causalista com Beling em 1906 quando escreve sua obra “*Die Lehre von Verbrechen*”, na qual, foi responsável por conceituar o tipo penal, dando um sentido ao Direito Penal de acrescentar aos conceitos de ilicitude (objetiva) e culpabilidade (subjetiva) o conceito de tipo penal e, por conseguinte, apresentando um conceito de tipo penal independente da antijuridicidade e da culpabilidade.

No tocante à Antijuridicidade o mesmo foi tratado no tópico anterior, quando é trazido o conceito, a terminologia, a formação e a função do instituto para o Direito Penal, na qual, remetemos ao leitor. Por ora, cabe mencionar que essa dicotomia terminológica está presente somente nos livros, a doutrina europeia dá preferência em adotar o termo ‘antijuridicidade’, com exceção de Portugal, enquanto que a doutrina brasileira e o legislador adotam o termo ‘ilicitude’, com exceção de Bitencourt que diz “mesmo conhecendo a preferência da atual redação de nosso Código Penal e ainda reconhecendo a relevância dos argumentos do Ministro Assis Toledo, preferimos manter a utilização da expressão antijuridicidade”¹⁷⁶.

Então, a antijuridicidade é tratada como um dos temas mais importantes do Direito, não se restringindo somente ao Direito Penal, até porque, a partir dos estudos de Kelsen foi surgindo problemas com as normas jurídicas em todo o ordenamento jurídico positivado, o que afetaria a Teoria Geral do Direito. Neste sentido, a antijuridicidade sendo a categoria jurídica comum a todos os ramos do direito constitui um dos temas basilares da teoria geral, com implicações de natureza jurídico-filosófico, porém, deve-se ao direito penal, o que não acontece por acaso, mas certamente porque é o direito penal o ramo jurídico essencialmente de ilicitudes¹⁷⁷.

Dessa forma, para o Direito Penal, a antijuridicidade não é caracterizada com a negação ao Direito, mas sim, sua realização, e uma vez concretizada a ação antijurídica será

¹⁷⁵ “Os caracteres constitutivos do crime podem ser divididos em referentes ao aspecto interno do fato e referente ao aspecto externo. A primeira forma os elementos subjetivos ou internos do crime e a segunda os objetivos externos”. (Tradução nossa). MERKEL, Adolf. Derecho penal. Parte general, p 34. “A culpa não é algo que exista ao lado do comportamento causal do culpado, algo independente desse comportamento, algo formado a partir de um material especial, mas é o mesmo comportamento causal, apreciado de acordo com os critérios dominantes e digno de imputação de acordo com esses critérios”. (Tradução nossa). MERKEL, Adolf. Derecho penal. Parte general, p 72.

¹⁷⁶ BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte geral, p871.

¹⁷⁷ LUNA, Everardo da Cunha. Capítulos de direito penal. São Paulo: Saraiva. 1985, p112.

passível de imputação da pena. Portanto, na visão da teoria geral do Direito, a antijuridicidade não existe somente no âmbito do Direito Penal, mas em todos os ramos do direito, pois todos os ditos ramos do direito apresentam contradição do fato com a norma, podendo até falar-se em antijuridicidade administrativa, tributária, civil, etc¹⁷⁸. Destarte, no Direito Penal, há que se falar em ilícito penal e esse ilícito são a ação antijurídica revestida de tipicidade.

A antijuridicidade tratada como essência do crime, diz que ela é o crime em si e não um elemento do crime, pois, como o crime é uma infração a uma norma penal, essa relação de contradição exaure sua essência. Com relação à essência da antijuridicidade, esta se traduz em um juízo, mais precisamente um juízo de relação. É um juízo sobre a ação humana, para reconhecer o fato como contrário a um preceito do direito. Tal juízo é efetuado pelo juiz, que é o intérprete do ordenamento, o qual considera o fato como contrário aos fins do Estado, reproduzindo em si a valoração do ordenamento jurídico, o qual, ao proibir um fato, reveste-o da reprovação, considerando-o como contrário aos fins do Estado¹⁷⁹.

Esse juízo feito pelo juiz utilizará, primeiramente, da relação de adequação da ação com a norma, ou seja, deve se utilizar da tipicidade. Nesses termos, como dito, a tipicidade é a *ratio cognoscendi*¹⁸⁰ da antijuridicidade. Em segundo lugar, deve o juiz analisar se o conteúdo probatório da norma penal deve ser afastado, por estar a ação abrangida por uma causa que exclua a antijuridicidade. Daí se conclui que o juízo de antijuridicidade é feito vinculadamente, tendo como base o tipo penal¹⁸¹.

Na perspectiva da antijuridicidade como elemento do crime é a melhor explicada, e que se coaduna com o conceito tripartido do crime: fato típico, ilícito praticado por alguém culpável. Nessa visão, há autores que consideram a antijuridicidade como elemento do crime, Welzel, por exemplo, trata como sendo um desacordo da ação com as exigências que impõe o direito, que se realizam na vida social. A ação é constituída de uma unidade de elementos objetivos e subjetivos, o elemento objetivo é a modificação no mundo exterior e o subjetivo consiste no psiquismo (dolo) do agente. Para o autor, a antijuridicidade é um juízo de valor objetivo, feito sobre o substrato exterior da ação, qual seja, a modificação no mundo exterior. Este juízo se realiza tendo como base uma escala geral, a saber: o ordenamento jurídico¹⁸².

¹⁷⁸ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p156.

¹⁷⁹ Ibidem, p156.

¹⁸⁰ Remetemos ao leito o tópico 4.5.1. para conhecimento da teoria.

¹⁸¹ Ibidem, p158.

¹⁸² Ibidem, p159.

Mezger também considera a antijuridicidade como elemento do crime. Afirma que a antijuridicidade é um juízo sobre a ação, pelo qual a questão da ação adquire uma determinação jurídico-normativa. Define-a como:

O juízo que a ação contrasta com o ordenamento jurídico e com a norma legal, caracteriza qualitativamente a ação como ‘ilícita’ ou na verdade ‘antijurídica’. Salienta ainda que, no direito penal, uma ação é vedada ou permitida, não havendo meio-termo. Por isso a ação é lícita ou ilícita, não há a ação antijuridicamente indiferente¹⁸³.

No direito brasileiro a maioria da doutrina segue esse mesmo entendimento, a antijuridicidade é um elemento do crime, o mesmo é formado pela antijuridicidade e a tipicidade, e é punível quando se reveste da culpabilidade. Na definição de Aníbal Bruno, “a antijuridicidade de um fato como esse contraste em ele se apresentar em relação às exigências da ordem jurídica, ou mais propriamente esse contraste entre o fato e a norma”¹⁸⁴.

Outra separação terminológica a ser feita será a “antinormatividade”, mas antes será importante traçar uma divisória entre tipo penal e norma¹⁸⁵ para entendermos o fundamento da antinormatividade. Enquanto que o tipo penal¹⁸⁶ é uma ‘imaginação’ do legislador em elaborar uma descrição fática, abstrata de uma conduta, seja ela crime ou contravenção penal formulado pela lei penal e, atribuído a ela uma sanção; a norma, por outro lado, não está na lei, e sim num plano supralegal, é uma decorrência interpretativa lógica do tipo penal, ou seja, a norma decorre do próprio tipo penal que através dele permite-se ver a norma, que pode ser um imperativo de comportamento, tanto positivo ou negativo, mas que esse imperativo deve ser alheio ao próprio tipo. Em suma, a norma cria a contradição do direito, a lei penal as elementares criminosas da ação¹⁸⁷.

Conforme é ensinamento de Welzel:

¹⁸³ Ibidem, p160.

¹⁸⁴ Ibidem, p162.

¹⁸⁵ Quando o legislador cria um tipo penal ele elabora uma fórmula conceitual e associa a esta fórmula uma pena. Tal fórmula, entretanto, não se confunde com a norma penal. Com efeito, se é verdade que se pode afirmar que a norma penal decorre do tipo, não se pode, por isso, identificar o tipo com a norma, já que ambos possuem diferentes funções na dogmática penal. O tipo é toda construção conceitual prevista em uma lei que individualiza o comportamento proibido pelo direito sob a ameaça de uma pena. Essa construção conceitual é uma fórmula linguística, que esquematiza os elementos que diferenciam o comportamento penalmente relevante do comportamento penalmente indiferente. BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Edições Almedina. 2012, p55.

¹⁸⁶ O tipo penal apresenta duas categorias: incriminadores e permissivos. O tipo penal incriminador ou legal são os tipos penais propriamente dito, consistentes na síntese legal da definição da conduta criminosa. Tipo permissivo ou justificadores são os que contêm a descrição legal da conduta permitida, isto é, as situações em que a lei considera lícito o cometimento de um fato típico. São as causas de exclusão de ilicitude, também denominadas eximentes ou justificativas. Os tipos legais ou incriminadores estão definidos na Parte Especial do Código Penal e na Legislação penal especial. Não há tipo incriminador na Parte Geral do Código Penal. MASSON, Cléber. Direito Penal: parte geral. v. 1. 14 ed. São Paulo: Método, 2020, p233.

¹⁸⁷ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p200.

O tipo tanto se está descrito na lei de um modo exaustivo, como se há de ser completado pelo juiz é o conteúdo das normas proibitivas do direito penal, por exemplo, das proibições: não deve matar, furtar, cometer adultério, etc. Ambas, as normas proibitivas e o tipo (matéria das normas), pertencem à esfera ideal (espiritual-irreal). O tipo é uma figura conceitual, que descreve formas possíveis de conduta humana. A norma proíbe a realização destas formas de conduta¹⁸⁸.

E juntamente, a explicação de Cláudio Brandão:

A norma, extraída da definição do tipo, é uma decorrência dos elementos que tornam a proibição conhecida e inteligível, isto é, da hipótese de conduta, abstratamente considerada, traduzida em signos linguísticos e comunicada pela lei, que descreve o tipo, tornando aquela proibição individualizada. Assim, a sanção cominada como consequência da realização da conduta positiva ou negativa não pode integrar a norma, já que ela está fora da hipótese de comportamento abstratamente definida que possibilita a extração lógica da norma¹⁸⁹.

Na doutrina veremos que foi Binding quem criou a denominação “bem jurídico” no século XIX, no contexto da investigação sobre a norma jurídica e sobre as suas violações. Entretanto, as definições dadas por Binding não são submetidas ao padrão epistemológico tripartido, pelo contrário, o fundamento da citada definição está na noção de imperativo (norma), já que é nela que se fundamenta o hodierno conceito de antinormatividade¹⁹⁰.

A antinormatividade é extraída da compreensão lógica do tipo penal, ou seja, da norma. No tipo penal há a descrição de condutas valoradas como proibidas pela norma penal e quando esses tipos penais são efetivamente verificados na conduta concreta, há ofensa à norma implícita, contradizendo-a seu comando imperativo e fazendo surgir a antinormatividade da conduta humana. Como se percebe a separação entre norma e tipo penal é essencial para se chegar a antinormatividade. Contudo, Welzel pontua, que, “embora a realização do tipo acarrete a antinormatividade, nem sempre se concretizará a antijuridicidade, que para ele é, em vez disso, a contradição da realização do tipo com a ordem jurídica como um todo”¹⁹¹.

No esteio de Binding em saber identificar a colocação da norma frente ao tipo penal a partir do bem jurídico, a antinormatividade é identificada como a ilicitude formal do tipo, como bem explica Fernando Fernandez que existem duas formas de conceituar a ilicitude a

¹⁸⁸ WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Montevideo: BdF. 2002, p74.

¹⁸⁹ BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático, p59.

¹⁹⁰ A metodologia proposta por Binding se utiliza de outro paradigma, nomeadamente a dicotomia entre lei penal e norma. O Estado, que possui o direito subjetivo de punir, indica pela lei penal o conjunto de elementos objetivos e subjetivo que se constituem como crimes. CLÁUDIO, Brandão. Teoria Jurídica do Crime, p197-198.

¹⁹¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán: parte general, p 76. “Deve se ressaltar, que, o direito penal não somente contém mandatos proibitivos de comportamentos, extraídos dos tipos penais, mas também contém preceitos permissivos, que são causas de justificação. Neste panorama, os preceitos permissivos dão a autorização para a realização das condutas típicas”. BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p207.

partir da norma: ligando a ilicitude a uma infração à norma de comportamento; ou identificando-a como um pressuposto de aplicação de uma norma de sanção.

A primeira forma se liga à teoria da norma de Binding e identifica a ilicitude formal com a antinormatividade. Tal concepção associa esse elemento do injusto (ilicitude) com a desobediência à norma protegida. A ilicitude, apenas no seu sentido formal, por evidente, é a manifestação de desobediência a esta norma proibitiva/imperativa. Por isso, sob essa premissa teórica, deve ser identificada com a antinormatividade. A segunda forma de se analisar o conceito de ilicitude a partir das normas, trata-se de compreender a ilicitude como pressuposto de aplicação das normas de sanção, na reação estatal contra as situações proibidas pelo ordenamento jurídico (como norma secundária, ou preceito secundário da norma)¹⁹².

Por fim, a antinormatividade não se esgota meramente no conceito formal de ilicitude, isso porque a relação de adequação entre uma conduta concretamente realizada e o tipo penal forma a tipicidade. E ao extrair o entendimento de Fernandez é possível destacar o conteúdo material da ilicitude quando vemos a ilicitude como pressuposta de aplicação das normas de sanção o que conferiria ao Direito Penal um direito meramente sancionador por distingui-lo dos demais pela relevância traçada a uma conduta sob a ameaça de uma pena, o que não é verdade, pois como já foi demonstrado, a antijuridicidade não é um elemento pertencente somente ao Direito Penal, embora seja usado para sancionar violações de outros ramos do Direito, mas cabe a todo o ordenamento jurídico. Assim, a antinormatividade não encerra o conceito de ilicitude, que não pode ser considerada meramente formal.

O injusto penal é outro instituto que a terminologia também não possui uma uniformização. Fragoso vai dizer que na Alemanha os autores utilizam a antijuridicidade (*Rechtswidrigkeit*) e injusto (*Unrecht*) de forma indiferente, como sinônimo, porém, Fragoso prefere seguir Welzel para diferenciar os institutos, dizendo que “a antijuridicidade é uma relação; o injusto, porém, é algo substancial: o próprio comportamento antijurídico. A antijuridicidade é um predicado; ilícito um substantivo”¹⁹³.

¹⁹² FERNANDEZ, Fernando Molina. Antijuridicidad penal y sistema del delito. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia. 2003, p63.

¹⁹³ Os conceitos ‘ilegalidade’ e ‘injusto’ são comumente usados de forma intercambiável. Em muitos casos, isso é inofensivo; no entanto, pode levar a mal-entendidos sobre questões importantes. A ilegalidade é uma característica da ação e, aliás, da relação que expressa um desacordo entre a ação e a ordem jurídica. Por outro lado, o que é injusto é a ação ilícita como um todo; portanto, o objeto juntamente com seu predicado de valor, ou seja, a própria ação valorizada e declarada ilícita. O injusto é um substantivo: a ação ilícita, a ilicitude, por outro lado, apenas uma relação, a característica axiológica de referencia na ação. **(Tradução nossa)**. WELZEL, Hans. *Apud* FRAGOSO, Heleno Cláudio. Antijuridicidade. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, p3. Texto obtido em <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002201555-antijuridicidade.pdf>.

E a composição do injusto penal se dá com a união do tipo penal e da ilicitude. Esses institutos não perdem as suas características de categorias autônomas da teoria do crime. Formam junto, um conceito maior: o injusto penal. Assim, enquanto o tipo penal descreve uma conduta proibida, a ilicitude determina uma relação de contradição entre essa conduta e a totalidade da ordem jurídica¹⁹⁴.

Não para por aí, porque, para Roxin a concepção de injusto penal será diversa da maioria apresentada, ele explica que, pelo fato de não considerar a ilicitude uma categoria específica do Direito Penal, é no injusto que deve conter os conceitos de ação e de tipo penal. Veja-se seu pensamento:

Os conceitos criminais sistemáticos de 'ilegalidade' e 'injusto' distinguem-se pelo facto de a ilegalidade designar uma propriedade da ação típica, ou seja, a sua contradição com as proibições e mandatos do Direito Penal, enquanto injusta é entendida como a própria propriedade. Típica e ação ilícita, ou seja, objeto de apreciação da ilegalidade juntamente com seu predicado de valor. **(Tradução nossa)**¹⁹⁵.

Desse modo, o termo ‘injusto’ está para o Direito Penal, ao contrário de ‘ilicitude’, que está para todo o ordenamento jurídico. A partir desse ponto chegamos ao problema do conhecimento do injusto quando nos referimos ao Direito Penal Econômico, porque essa “nova” dogmática abrange normas extrapenais, assim, o direito de punir estará tanto para o Direito Administrativo, quanto para o Direito Penal, daí se deve entender a relação entre o injusto administrativo e o injusto penal.

Para delimitar a identificação do injusto (Administrativo e Penal) existe uma corrente que diz que há diferença ontológica entre os dois tipos de injusto, pois o Direito Penal tutela direitos subjetivos ou bens jurídicos individualizados, ao passo que o Direito Administrativo não protege bens jurídicos já existentes e sim cuida da desobediência às ordens emitidas pela Administração no interesse público e do bem estar, sendo desprovidas de desvalor ético. E para outra corrente, a diferença entre estes injustos residem no órgão competente para aplicar as sanções a eles correspondentes (órgão administrativo e órgão judicial)¹⁹⁶.

Silvina Bacigalupo destaca a importância adquirida pela teoria da identificação do injusto penal e do injusto administrativo. Para a autora a finalidade de ambas as sanções, administrativa e criminal, é a mesma: punir a conduta de um indivíduo que tenha infringido o ordenamento jurídico. Neste sentido, a partir da Lei de Contravenções da Ordem Alemã desenvolveu uma definição clara de infração administrativa, qual é, as infrações administrativas são delitos que o legislador pretende sancionar fora do âmbito do Direito

¹⁹⁴ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p116.

¹⁹⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general, p557-558.

¹⁹⁶ ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades, p 171.

Penal e cujas sanções são impostas, em primeiro lugar, pela Administração. Neste sentido, também é relevante em relação à indiferença ontológica entre os injustos administrativos e os penais a sentença do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em que o tribunal afirma expressamente que a “Convenção de Roma não impede os EEMM a estabelecer ou manter uma distinção entre diferentes tipos de infrações definidas pelo direito interno”¹⁹⁷.

Pode-se afirmar, pois, que tanto a doutrina (penal e administrativa) como a jurisprudência não conseguem estabelecer critérios de diferenciação entre ambos os tipos de injusto. Portanto, desta identidade substancial entre o injusto administrativo e injusto penal (ambos pertencentes ao *ius puniendi* estatal) o Direito de punir deve obedecer aos princípios (legalidade, tipicidade, irretroatividade, etc), bem como deve levar em consideração os elementos subjetivos do injusto e a culpabilidade¹⁹⁸.

4.3. O princípio da legalidade e a tipicidade penal econômica: um recurso da técnica de reenvio normativo

O Direito Penal Econômico integra o Direito Penal como um todo e não tem, como já se sabe, autonomia científica. Assim, ele se submete como toda construção jurídico-penal, aos princípios e categorias próprias do Direito Penal. Em destaque, o princípio da legalidade, do ponto de vista político-criminal, permite ao legislador selecionar condutas imprudentes que devem ser puníveis, atendendo ao princípio da intervenção mínima do direito penal, tanto em razão da importância do bem jurídico protegido, como da gravidade da conduta¹⁹⁹.

A doutrina vai citar a origem do referido princípio com a revolução burguesa na *Magna Charta Libertatum* de João sem Terra em 1215, posteriormente arraigou-se por vários instrumentos de proteção dos direitos humanos e também nas Constituições de países democráticos. Nesse contexto, pode-se falar que o princípio em questão fomenta o respeito à dignidade das pessoas e a sua capacidade de decidir como atuar viabilizando que possam organizar suas vidas com liberdade, prevendo as consequências jurídicas de suas ações.

Com o fim de trazer segurança jurídica e ao mesmo tempo obstar o arbítrio do poder estatal punitivo (fundamento político) e respeitar a tripartição das funções dos poderes (fundamento democrático), tanto a Constituição Federal no artigo 5º, XXXIX quanto no Código Penal no artigo 1º trouxeram o princípio da legalidade, isto é, “não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal”. Assim, nosso ordenamento faz

¹⁹⁷ Ibidem, p172.

¹⁹⁸ Ibidem, p173.

¹⁹⁹ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Conducta peligrosa e imprudência em la sociedad de riesgo. Granada: Comares, 2005, p42-43.

com que o legislador estabeleça quais condutas humanas indesejáveis serão consideradas delituosas. Para tanto essas condutas devem estar positivadas em um tipo penal (tipicidade), como forma de publicidade e entendimento, de forma que qualquer pessoa, por mais leiga que seja, compreenda o caráter proibitivo da conduta. Desta forma, traduz a materialização do princípio da legalidade a partir de suas articulações em conduta, nexos causal e resultado.

O princípio ostenta significado político e jurídico, do enfoque político o referido princípio constitui uma garantia do cidadão em face do poder punitivo do Estado. Juridicamente, em sentido amplo, fundamenta-se no artigo 5º, II da CF, o qual estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em sentido estrito, constitui-se na reserva legal, determinando que o conteúdo das normas penais incriminadoras somente pode ser fixado por lei penal formal, emanada do Poder Legislativo, de acordo com o processo previsto na Constituição.

Desta feita, o princípio da legalidade possui algumas funções fundamentais, quais são: a lei deve ser estrita, a competência para criar crimes e cominar penas é do Poder Legislativo, de sorte que essa tarefa é proibida aos Poderes Executivo e Judiciário, bem como é proibida a analogia contra o réu, ou seja, a *analogia in malam partem*. Contudo, é de se notar, que tal função passa a ser relativizada, em alguma medida, quando admite que certos tipos penais tenham a sua matéria de proibição parcialmente delimitada por outras fontes normativas, cenário este que constitui uma realidade no Direito Penal contemporâneo, e que, concomitantemente, a depender da intensidade do reenvio normativo, pode ofender o princípio da legalidade²⁰⁰.

A lei deve ser escrita, os costumes não têm a força de criar crimes e cominar sanções penais, uma vez que a lei deve ser escrita, ou seja, é proibido o costume incriminador. A lei deve ser certa, os tipos penais devem ser de fácil entendimento pelo cidadão, justamente para que possa se orientar daquilo que é certo ou errado. Desse modo, decorre a proibição da criação de tipos penais vagos e indeterminados. A lei penal deve ser precisa e determinada. E por fim, a lei deve ser prévia, proibição da aplicação da lei penal incriminadora a fatos não considerados crimes, praticados antes de sua vigência. Trata-se do princípio da anterioridade. Diante disso, o princípio da legalidade desdobra-se em três postulados: quanto às fontes das normas penais incriminadoras (postulado da reserva legal); quanto à enunciação dessas

²⁰⁰ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p71.

normas (postulado da taxatividade); e quanto à validade das disposições penais no tempo (postulado da irretroatividade)²⁰¹.

Por fim, impende frisar que não basta a simples legalidade sob o aspecto formal, ou seja, o tipo penal criado por lei emanada do Poder Legislativo em observância ao devido procedimento legislativo. Deve haver a conformidade da lei penal com o quadro valorativo acolhido pela Constituição Federal e pelos Tratados de Direitos Humanos, de modo a amparar a sua validade sob o aspecto material.

Daí, o fato típico é o primeiro elemento que estrutura o crime e que, portanto, condiciona à responsabilidade penal. Nele está integrada a conduta, o nexó de causalidade, o resultado e a tipicidade. A conduta humana delitativa se traduz por meio da exteriorização de uma ação proibida ou de uma omissão indevida, que sejam voluntárias e conscientes, dirigidas a um fim (finalismo)²⁰². Formando assim, aquilo que se convencionou chamar de base substantiva do crime e seu substrato se assenta a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Ressalta-se, porém, que o conceito de ação não é uma criação do Direito Penal, mas sim, uma constatação do que ocorre no mundo dos fatos.

Há duas formas fundamentais de conduta humana: a ação e a omissão. Na ação é que se manifesta por intermédio de um agir positivo, por um movimento corporal positivo. A norma penal nesses crimes, chamados de comissivos é proibitiva. Na omissão existe uma conduta negativa, o não fazer, a indevida abstenção de um movimento. Neste tipo de conduta, a norma penal é mandamental ou imperativa, obriga o agir. Sendo assim, segundo a maioria dos crimes previstos na legislação penal brasileira, a sua maioria são dotados de dolo, isto é, é a consciência e vontade de realizar os elementos descritos no tipo objetivo. E no que tange aos

²⁰¹ Acerca do significado de postulado, Humberto Ávila assevera que os postulados normativos diferenciam-se dos postulados hermenêuticos, pois os primeiros estruturam a aplicação correta do Direito enquanto estes são destinados à compreensão de todo o Direito, sustentando que sempre que se está diante de um postulado normativo há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Conclui que não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional, pois: Os postulados funcionam diferentemente dos objetos da aplicação. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primeiramente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto implica-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar, quer de modo preliminarmente decisivo; os sem conflitualidade necessária com outras normas. Ao dissertar sobre cada um dos postulados, Luiz Luisi os denomina também como taxatividade e a irretroatividade são aqui definidas como princípios. LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p19.

²⁰² O finalismo não abandona a tradicional tripartição: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Nem sequer introduz ou suprime novos dados, mantém os mesmos, mas os separa e os redistribui de outro modo entre os três estados da teoria do delito. ORDEIG, Enrique Gimbernat. El sistema de derecho penal em la actualidad. Estudios de Derecho Penal. Madri: Tecnos, 1990, p164. *Apud* BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p71.

crimes culposos, com efeito, sabe-se que no crime culposo a finalidade do agente não é contrária ao Direito, mas sim, conforme ao Direito. Portanto, mesmos nos crimes culposos também temos uma conduta dirigida ao um fim, porém, a reprovação jurídica nos crimes culposos não recai na finalidade do agente, mas nos meios que o agente elegeu para a consecução de seu fim, sendo eles qualificados como imprudentes negligentes ou imperitos²⁰³.

O nexos de causalidade é o responsável pela interligação do comportamento (conduta) ao resultado. A legislação penal brasileira adota, quanto ao nexos de causalidade, a Teoria da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*. Para essa teoria, o resultado de que depende a existência do crime é imputável a quem lhe deu causa, considerando-se como causa toda a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. O resultado que também integra o fato típico é traduzido pela lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

Por fim, dentro do fato típico, temos a tipicidade²⁰⁴, isto é, a relação de subsunção que existe entre um fato concreto, um comportamento, a um tipo penal previsto abstratamente pela lei, associada à lesão ou perigo de lesão a um bem penalmente tutelado. Ou seja, a tipicidade é a qualidade que tem o comportamento (ação ou omissão) de ajustar-se à descrição da norma penal, desde que, também, haja lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

O conceito acerca de tipicidade remonta a Ernst von Beling, que desenvolveu a teoria da tipicidade dentro da teoria geral do delito, a qual passa a exercer função limitadora da ilicitude penal. Beling exprime o verdadeiro sentido do princípio da legalidade, pois um fato até pode ser reprovável moralmente, mas não haverá crime se sua conduta não se adequar a um tipo legal²⁰⁵. Seguindo essa perspectiva, Cláudio Brandão traz o antecedente histórico de tipicidade.

A construção histórica da tipicidade foi formulada originalmente na Alemanha e ganhou notável eco no direito penal do mundo ocidental, de modo que hoje ela é tida como um dos mais importantes elementos da Teoria Geral do Delito. O conceito de tipicidade foi formulado com base no que o direito penal alemão chamava de *Tatbestand*. Que significa um ato que existiu no tempo e no espaço, isto é, um fato concreto produzido pelo homem que pode ser individualizado e conhecido²⁰⁶.

²⁰³ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p70.

²⁰⁴ Tipo e tipicidade deverão ser tratados de modo diferente. O primeiro representa a figura legal e o modelo proposto pelo legislador. A segunda significa a concretização dos elementos descritos no tipo em relação à conduta produzida pelo agente.

²⁰⁵ No conceito clássico de delito, a tipicidade é meramente formal, bastando a constatação da causalidade, e o tipo é objetivo-descritivo. Até a construção doutrinária de Beling, a palavra tipo (*Tatbestand*), ou modelo principal de um fato, era tradução livre da expressão contida no Código penal alemão, cujo embrião era o *corpus delicti* das leis latinas, de índole processual.

²⁰⁶ *Ibidem*, p112.

Para os causalistas, como Beling, o tipo era formado em um conceito técnico-formal, a tipicidade seria apenas formal, acarreta um juízo de adequação do fato concreto com o tipo penal. Somente na antijuridicidade é que se avaliaria se o fato estaria coberto por alguma excludente de ilicitude e só na culpabilidade faria um juízo de reprovação sobre o autor do fato. Porém, os ensinamentos de Beling não perpetuaram frente à ciência penal, embora o autor tenha o mérito da criação, haja vista, que, os tipos penais não apresentam somente descrições objetivas dos seus elementos, tão logo, os tipos penais são formados tanto por elementos descritivos objetivos quanto subjetivos.

Portanto, superado a crise de uma tipicidade somente na perspectiva descritiva, ou seja, formal, Max Ernst Mayer propôs modificações na teoria da tipicidade. Para Mayer o tipo penal não pode ser considerado como uma mera descrição objetiva, por conta da existência dos elementos normativos do tipo, que são uma conexão entre a tipicidade e a antijuridicidade. Em virtude da conexão entre a tipicidade e a antijuridicidade, pode-se afirmar que a tipicidade é a *ratio cognoscendi*, é o meio através do qual se conhece a antijuridicidade. Mayer afirma que a tipicidade é um indício da antijuridicidade, por isso deve ser considerada como o mais importante fundamento para conhecer a antijuridicidade²⁰⁷.

Além de Mayer, outro autor do período neokantiano Edmund Mezger, por sua vez, faz a abolição da separação entre tipicidade e antijuridicidade, e o tipo perde sua objetividade com a integração de elementos normativos e subjetivos, sustenta que o delito é uma ação antijurídica, porém, o tipo ainda é um juízo de valor presumido e provisório, e excepcionalmente, a antijuridicidade pode ser afastada por uma causa excludente²⁰⁸.

Com a evolução do conceito de delito, o finalismo de Hans Welzel reformula a teoria do delito e adota a tipicidade formal e material como indício de antijuridicidade. Pois, como o finalismo enxerga a conduta humana como um exercício de uma atividade fim e não puramente causal, o agente pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. Além disso, a culpabilidade passa a ser puramente normativa (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), descolando-se o dolo e culpa para o injusto, a finalidade é levado para o centro do injusto, o finalismo, ainda, contribui decisivamente para o descobrimento do desvalor da ação como elemento do injusto penal. A tipicidade e a ilicitude incluem, portanto, elementos objetivos e subjetivos.

Destarte, a existência do tipo penal nada mais é do que o postulado básico do princípio da legalidade no Direito Penal, consagrado pelo artigo 5º, XXXIX da CF, cabendo à lei, em

²⁰⁷ Ibidem, p117.

²⁰⁸ MEZGER, Edmund. Tratado de derecho penale aleman, p364.

sentido estrito, definir as condutas que merecem a reprimenda penal, constituindo-se, assim, os tipos penais. As condutas que não forem adequadas a um tipo são penalmente irrelevantes, dessa maneira, a tipicidade determina o âmbito de liberdade da ação: tudo que não for descrito como crime ou contravenção penal por um tipo legal, logo não poderá sofrer uma sanção penal.

A tipicidade expressa o cumprimento do princípio da legalidade pela taxatividade penal. Assim sendo, somente haverá um juízo de subsunção válido, que enquadre a conduta ao modelo abstrato previsto na lei, se este “for suscetível de ser conhecido e compreendido como um comportamento proibido”²⁰⁹.

Neste sentido, Misabel de Abreu Machado Derzi pontua:

A tipicidade é um desdobramento do princípio da legalidade, sem seu grau material, isso significa dizer, quanto ao seu conteúdo fechado, determinado, representando garantias constitucionais: segurança jurídica, estabilidade das relações jurídicas, bem como a realização do princípio da igualdade material na aplicação da lei²¹⁰.

Nesses moldes, hoje a tipicidade não se resume somente a uma conduta concreta adequada a um tipo penal, é necessário que haja uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado, completando, assim, a tipicidade penal (formal e material). Depois de completado os elementos do fato típico é que se analisa uma possível excludente de ilicitude ou no enfoque no funcionalismo moderado de Roxin, a inexistência de um fato típico, orientado por critério de política-criminal denominado de princípio da insignificância.

Na construção da tipicidade no que afeta ao Direito Penal Econômico os tipos penais são formados a partir da noção de valor e de proteção de bens jurídicos difusos e coletivos com a criação de crimes de perigo e tipos penais abertos utilizando-se de remissões normativas, ainda que, cada tipo penal deverá ser claro e certo em seu enunciado, de forma a conferir certeza semântica e poder se diferenciar de outras condutas típicas e atípicas.

A clareza e a precisão no enunciado típico são fundamentais para que a função de garantia seja efetiva. Nilo Batista menciona alguns exemplos que podem ofender a clareza do tipo prejudicando o mandamento da norma, como: a ocultação do núcleo do tipo penal (do verbo que define a conduta proibida); as tipificações abertas e exemplificativas (crimes omissos, culposos etc.); e o emprego de expressões sem precisão semântica na figura típica (no caso dos elementos normativos)²¹¹.

²⁰⁹ BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático, p152.

²¹⁰ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Direito tributário, direito penal e tipo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p128.

²¹¹ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro, p81-82.

Um ponto a ser enfrentado é a tipicidade para os crimes de perigo no Direito Penal Econômico, haja vista, a vasta previsão de tipos legais em matéria de criminalidade econômica de perigos abstratos. Conforme já colocado, a doutrina minoritária vê os crimes de perigo abstrato como inconstitucional. Isto é, se o juízo de tipicidade exige que a ação do agente deva ter promovido um dano ou um perigo efetivo de dano, somente será possível punir alguém se essa situação de risco se mostrar diagnosticada. Caso contrário, o comportamento resta irrelevante para o Direito Penal.

Todavia, embora nos crimes de perigo o tipo penal descreva condutas sem exigir uma ameaça concreta ao bem jurídico, a doutrina majoritária acompanhada da jurisprudência acaba por admitir tais modalidades delituosas por questões de política criminal, como meio eficaz de punir infrações penais em sua fase embrionária. Essa questão é que justifica a aceitação dos tipos penais de perigo como condição imperiosa para a responsabilização de agentes por delitos econômicos, porque as consequências da criminalidade, muitas vezes, nem sempre são descobertas imediatamente.

Ainda mais, não há sequer como valorar, de maneira objetiva, o resultado possivelmente alcançado, ou provavelmente contraído pela ação que atenta contra a ordem econômica e, assim, o legislador tem necessidade de considerar como típicos o mero perigo que as ações causam, ou podem causar, a bens jurídicos tutelados pela macrocriminalidade. Como se não bastasse, não raro, o crime econômico é uma violação da confiança no sistema econômico, que não pode ser aferido, dimensionado, senão através do perigo prognóstico.

Por fim, salienta-se, que a consideração de crimes de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal Econômico supera as dificuldades de prova que também são comuns na criminalidade econômica, pela difusão das condutas praticadas. Assim, os crimes de perigo abstrato acabam por se constituírem meios válidos no combate à criminalidade econômica, desde que a conduta proibida seja claramente definida pelo legislador e se relacione com interesses claramente identificados como tutelados penalmente. Um exemplo é o crime de gestão fraudulenta e a gestão temerária, previstos no art. 4º, caput e parágrafo único da Lei 7492/86. Esses crimes consomem com a gestão, fraudulenta ou temerária, independentemente de qualquer resultado, haja vista, se constituírem em crimes de perigo abstrato e de mera atividade.

Outro aspecto relevante a ser anotado no Direito Penal Econômico está na tipicidade omissiva. O Direito Penal Econômico é um dos domínios de eleição, por assim, dizer, dos chamados crimes omissivos próprios. Contudo, a omissão, como se sabe, para ser punível ao seu agente, implica no reconhecimento de que houve a violação de um dever jurídico que se

encontra rigorosamente definido em diploma legal. A responsabilidade decorre por infração ao dever de agir, imposto por outra norma que não necessariamente a de Direito Penal. Na lei 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor – ao definir os crimes contra as relações de consumo, o legislador previu 12 hipóteses típicas de crimes, destas, 50% delas, ou seja, a metade são crimes omissivos próprios. Ou seja, se perfazem com a simples omissão.

No que dispõe ao uso das técnicas de remissão normativa, essa é fruto da consequente expansão do Direito Penal, que por vezes, relaciona-se com outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Tributário etc. E para uma parte da doutrina vem constatando-se uma crise do princípio da legalidade e para outra uma realidade vivenciada por uma sociedade de risco capaz de tipificar novas condutas sem ferir a legalidade.

José Paulo Micheletto Naves traz uma preocupação ao escrever que:

O princípio mais violado com essa técnica é o da taxatividade. O legislador, ao realizar descrições muito abertas, torna difícil a compreensão e a interpretação da conduta descrita, conduzindo o destinatário da norma penal, frequentemente, a situações de erro e fazendo com que a interpretação “correta” do tipo penal seja realizada pelo juiz ao enfrentar o caso concreto, tendo uma grande e perigosa margem de valoração que possibilita arbitrariedades e um amplo espaço para divergência de entendimento em relação a casos similares²¹².

Tarcísio Maciel Chaves Mendonça endossa que existe competência privativa do Congresso Nacional, *prima facie*, para a criação de normas penais e, dentro da lógica federalista, essa matéria seria de competência privativa da União, conforme prevê o art. 22, I da CF. Ocorre que, a partir do momento em que autarquias ou agências federais passam a complementar a norma com o conteúdo da proibição ou quando leis estaduais ou municipais o fazem, a reserva legal é contrariada²¹³. Porém o próprio autor pondera que, a bem da verdade é melhor que o Congresso Nacional não defina as normas de segurança e proteção sobre alguns ramos extremamente específicos e técnicos, como a energia nuclear²¹⁴.

Nesse tocante, Tereza Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto fazem uma ponderação a respeito da diferença que pode existir no cenário das remissões normativas. Para os autores, as normas penais que fazem remissão a instrumentos legislativos criados pelo mesmo órgão legislativo, imbuído da competência para criar normas penais, haveria uma imperfeição, porém não estaria ofendida a Constituição. Por outro lado, se a remissão normativa tivesse como objeto instrumentos legislativos hierarquicamente inferiores à lei

²¹² NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no Direito Penal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p36-37.

²¹³ MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. Lei penal em branco. Um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p51-52.

²¹⁴ Ibidem, p119.

penal, provenientes de outro órgão sem competência legislativa em matéria penal ou para regras de origem não estatal, como regras profissionais, poder-se-ia verificar uma “potencial inconstitucionalidade orgânica e material”²¹⁵.

Contudo, não se pode negar que a realidade do Direito Penal Econômico hoje é pela utilização das remissões normativas, tornando-se a base estrutural de suas normas penais. Isso porque o bem jurídico tutelado: “ordem econômica”, está estritamente vinculada a outros ramos do Direito. Sendo assim, para que a ordem econômica seja atingida deve existir necessariamente uma violação prévia das normas que regulam o seu conteúdo. E se há, por qualquer razão, seja histórica, social ou econômica, mudança nas normas reguladoras, há também variação do conteúdo do próprio bem jurídico tutelado.

E, sobretudo, caso pretenda-se tutelar novos interesses presentes na sociedade, acaba por permitir que o Direito Penal esteja, na medida do possível, atualizado. Dessa forma, evitando uma atualização que ficaria inviável devido ao processo legislativo exigente para criação de novas leis e pelo dinamismo que tem a sociedade por terem intensa volatilidade, transformando-se suas necessidades e características constantemente. Por essa razão, adota-se o recurso de uma remissão normativa, que consiste na única via capaz de manter a atualidade da proteção pretendida, pois é a conexão entre a conduta com as normas que determinam as condições da existência do bem jurídico que poderá proporcionar a tutela que se busca. Nesse contexto, faz sentido o uso das técnicas de remissão normativa, a fim de manter essa ordem jurídica e salvaguardar o bem jurídico.

Nesse ponto, sobre o princípio da legalidade é possível conciliá-lo com as remissões normativas, quando, para editá-las e aplicá-las, forem cumpridas certas exigências que garantam suficientemente o cumprimento das funções políticas atribuídas a tal princípio, tanto formal quanto materialmente. Nesse sentido, ao optar por tal técnica, o legislador deverá submeter-se a limites que não só afetam, mas, no caso das leis penais em branco próprias, que afetam também à instância inferior encarregada de formular a disposição de complemento, bem como a todos os tribunais responsáveis pelas interpretações e aplicação de norma em seu conjunto²¹⁶.

Pablo Rodrigo Alflen da Silva só faz uma ressalva a respeito à segunda remissão – remissão da remissão –, isto é, quando uma norma penal faz menção a uma norma ou ato

²¹⁵ BELEZA, Tereza Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Apud.* NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no Direito Penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p37-38.

²¹⁶ CURY, Enrique. *La ley penal em blanco*. Bogota: Temis, 1988, p58. *Apud.* NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no Direito Penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p40.

extrapenal, o qual, por sua vez, realiza outra remissão a norma ou ato extrapenal. Identifica o autor uma grande dificuldade de se conhecer a lei, aumentando exponencialmente as chances de erro por parte do destinatário da norma. Ademais, essa possibilidade fomentaria ainda mais as delegações em maior distanciamento das noções de legalidade que se tem²¹⁷.

4.4. Os tipos penais abertos e a estrutura dos elementos que o compõem

O Direito Penal Econômico vem sendo afetado pela conjuntura da sociedade de risco, de forma que tal conjuntura tem acarretado uma construção normativa no direito penal que muitas vezes apresenta tipos penais cada vez mais vagos, na tentativa de regular as complexas relações que se dão na atual sociedade e evitar que condutas eventualmente lesivas aos bens jurídicos escapem de punição através da alegação de atipicidade²¹⁸.

É por isso, dado como uma das premissas de um Direito Penal orientado à contenção preventiva de novos riscos a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais em face de ações humanas hipoteticamente arriscadas, pode-se ver que o Direito Penal Econômico, tanto em razão do conteúdo amplo e abstrato de seus tipos penais como em razão da complexidade estrutural dos seus bens jurídicos encontra-se inserido num paradoxo de ferrenhas dificuldades estruturais para adequar seus mecanismos de atuação ao cumprimento eficiente de sua missão.

Assim, os tipos penais então não podem mais descrever exaustiva e taxativamente os elementos integrantes e constitutivos do injusto penal, mas somente, e tão somente, condutas que podem ou não violar regras técnicas e burocráticas determinadas pelo legislador na missão de tutelar o bem jurídico. O tipo penal, portanto, passa apenas a descrever a moldura do delito, que é preenchido em seu conteúdo, muitas vezes, pela administração. Dito isso, os ilícitos penais passam a se manifestar como transgressões de um dever e não têm necessariamente relação imediata com um bem material²¹⁹.

Na legislação brasileira observamos a presença de duas formas de construção dos tipos penais, o aberto e o fechado. Inicialmente, antes de abordar os tipos penais abertos, é importante analisar o conceito de tipo penal fechado. A doutrina o define como sendo aquele que utiliza expressões de alcance restrito, o tipo penal que possui descrição minuciosa da

²¹⁷ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da; *Apud* NAVES, José Paulo Micheletto, p38.

²¹⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico – Fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin. 2012, p71.

²¹⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis e outros. *Monografias IBCCRIM*, 34 ed. Sociedade de Risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p113-114.

conduta criminosa²²⁰. Tais tipos, por serem compostos preponderantemente por elementos descritivos, dispensam os juízes de valoração, o que faz com que, ao menos em tese, haja maior respeito ao princípio da legalidade. Por exemplo, é o caso do crime de furto previsto no art. 155, CP. Findada a definição de tipos penais fechados, passaremos a estudar os tipos penais abertos, que, vale considerar que essa técnica de tipificação guarda importante relação com as remissões normativas característicos dos tipos penais econômicos.

O legislador, ao criar um tipo penal, opta por necessidade, não por arbítrio descrever de modo completo a conduta proibida, sem deixar ao intérprete outra tarefa que não à análise da correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica, ou por descrever de modo incompleto o modelo de conduta proibida, transferindo ao intérprete o encargo de complementar o tipo²²¹. Quando o legislador opta pelo segundo modelo, estar-se-á diante de um tipo penal aberto, que pode ter outras nomenclaturas como, “tipo penal imperfeito” ou “tipo penal incompleto”, os quais possuem significado similar ao ora tratado. A incompletude desses tipos, por sua vez, foi identificada por Hans Welzel²²².

Assim, segundo Cléber Masson: “o tipo penal aberto é o que não possui descrição minuciosa da conduta criminosa. Cabendo ao Poder Judiciário, na análise do caso concreto, complementar a tipicidade mediante um juízo de valor”²²³. O tipo penal não traz em seu conteúdo de forma precisa qual conduta é proibida ou permitida. No Código Penal, os crimes culposos estão previstos em tipos penais abertos, salvo a receptação (art. 180, §3º CP) que apresenta de forma detalhada a descrição típica.

Veja-se o entendimento de Damásio E. de Jesus:

²²⁰ MASSON, Cléber. Ob. Cit, p238.

²²¹ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, p136.

²²² Tipos abertos, segundo Welzel, são os que só estão legalmente definidos em parte, cabendo ao juiz complementá-los, construindo a parte faltante. Geralmente, a complementação judicial de um tipo aberto se baseia em um determinado critério, um “quadro reitor” extraído da lei, que deve permitir ao seu aplicador ao menos reconhecer as características complementares do tipo. Como tipos abertos que contam com esse quadro reitor complementar, Welzel menciona os tipos omissivos impróprios e os tipos culposos. *WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán: parte general, p41*. Os tipos omissivos impróprios são abertos porque deles só se pode deduzir diretamente a conduta, consistente em não evitar determinado resultado, mas não as características objetivas do autor, que fundamentam o seu dever de agir. Estas haverão de ser elaboradas pelo juiz, num esforço de complementação do tipo, para o qual ele tomará por critério reitor outros tipos legais, omissivos próprios ou comissivos por omissão. *WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán: parte general, p289*. Já os tipos culposos são abertos porque não determinam a conduta típica, mas apenas o resultado. Haverão de ser, portanto, complementados pelo juiz no caso concreto, observando o critério reitor geral segundo o qual atua culposamente quem não observa o cuidado requerido em um determinado âmbito de relação. Então, para verificar a adequação de uma determinada conduta a um tipo culposo, cabe ao juiz investigar qual seria o cuidado requerido ao autor na situação concreta em que atuou, para então, comparando a conduta verificada com o modelo reitor de conduta cuidadosa, orientada para evitar consequências indesejáveis, concluir pela observância ou não do cuidado devido. *WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán: parte general, p185*.

²²³ MASSON, Cléber. Ob. Cit, p238.

Nos tipos penais abertos a norma penal não está clara, necessitando ser pesquisada pelo julgador no caso concreto. O professor, ainda, coloca como exemplos de tipos penais abertos: os tipos culposos, por necessitar que se estabeleça qual o dever de cuidado objetivo no caso concreto; os crimes omissivos próprios, pois é necessário reconhecer o descumprimento no dever de agir; e os crimes que possuem elementos normativos em sua descrição (incluindo-se, aqui, os elementos de valoração global do fato), pois necessitam que o julgador pesquise as normas de conduta que se encontram fora da definição legal²²⁴.

O fechamento dos tipos penais abertos, por ora, realizados mediante o caso concreto é explicada, segundo Fábio André Guaragni e Marion Bach, como:

O Trabalho do Promotor de Justiça, quando oferece uma denúncia e descreve o fato tangente a um tipo aberto, bem como quando aponta a presença dos elementos típicos em alegações finais; o labor do Juiz, ao verificar a subsunção da conduta ao tipo aberto, quando profere sentença condenatória. Naturalmente, o esforço defensivo é no sentido de demonstrar a impossibilidade do fechamento do tipo no caso concreto²²⁵.

Por certo, a bem da verdade, o ordenamento jurídico brasileiro demonstra que o legislador, não raro, lança mão das técnicas dos tipos penais abertos, bem como recorreu com frequência ao recurso das técnicas de reenvio normativo, inclusive colocando em cheque, na maioria das vezes, o princípio da legalidade com o excessivo recurso à tipificação por meio destas e o uso frequente de elementos normativos para composição dos tipos penais. Por conseguinte, os tipos penais abertos só existem devido à incapacidade do legislador de prever e descrever todas as condutas possíveis de acontecer em sociedade, em determinados âmbitos da vida.

A respeito desses tipos penais, os mesmos não podem ser formalmente complementados por jurisprudências consolidadas ou mesmo súmulas, a exceção, talvez, das súmulas vinculantes em razão do seu caráter. O ministro Gilmar Mendes afirma que o judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença clássica até atos propriamente legislativos, de forma que, ao permitir que o STF (Supremo Tribunal Federal) edite súmulas de eficácia vinculativa, se permite que esse, através de tais súmulas, possa realizar atividade semelhante à legislativa. Portanto, seria capaz até mesmo de concretizar tipos penais abertos justamente por criar súmulas vinculantes, as quais possuem eficácia *erga omnes*²²⁶.

Por conseguinte, independentemente de serem observados, os efeitos de caráter normativo em súmulas e jurisprudências não podem ser consideradas como elementares do tipo para fins de tipificação da conduta, uma vez, que, não possuem efeito *erga omnes*, de forma que a real finalidade de tais enunciados é demonstrar a posição de determinado tribunal

²²⁴ JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, vol. 1: parte geral. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p261.

²²⁵ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. Norma Penal em Branco e outras técnicas de reenvio em Direito Penal. São Paulo: Almedina, 2014, p28.

²²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p1009.

acerca do significado da norma penal, não retirando a capacidade de outros tribunais e juízes de valorarem, no caso concreto, os elementos do tipo de maneira diversa.

Por agora, é importante observar que o necessário complemento aos tipos penais abertos por meio das remissões normativas pode ser verificado de diversas formas, como as normas penais em branco, os elementos normativos do tipo, os elementos do dever jurídico (valoração global do fato por Roxin) e a assessoriedade administrativa²²⁷. Todos possuem conceitos distintos, embora, muitas vezes, ocupam um espaço parecido na complementação da norma, cuja suas diferenciações refletirão para compreender uma evolução do Direito Penal contemporâneo.

Explorar o conceito de cada uma das formas de remissão normativa será importante, a fim de delimitar com exatidão os institutos, bem como, o que os diferenciam, para sim, se chegar numa parte mais avançada do trabalho que será abordar os estudos do erro de proibição sobre estes institutos. Iniciara-se pela i) norma penal em branco, trazendo desde a sua retomada histórica até sua aplicação nas legislações atuais, depois trataremos dos ii) elementos normativos, após falaremos sobre os iii) elementos do dever jurídico (elementos de valoração global do fato) e, por fim, da iv) assessoriedade administrativa, uma técnica de remissão mais nova e, que vem sendo explorada pela ciência penal a partir da construção de novo tipos penais de caráter econômico.

4.4.1. Norma penal em branco

Iniciam-se os estudos das formas de remissão normativa pela norma penal em branco, em razão de ser o conceito que primeiro representou os tipos penais abertos ou incompletos, abrangendo grande parte das espécies que, hoje, se enxerga de remissões normativas. A grande utilização das normas penais em branco é uma exigência da dinamicidade do bem jurídico-penal supraindividual: a ordem econômica. Elas permitem que o Direito Penal Econômico acompanhe as rápidas transformações do sistema financeiro, do sistema tributário, do sistema previdenciário etc., impedindo que sua proteção se torne engessada e/ou ineficaz. Destarte, a grande incidência de normas penais em branco na seara dos crimes econômicos é exigida pela mobilidade, flexibilidade, maleabilidade, revisibilidade e transdisciplinaridade, que são características do Direito Penal Econômico²²⁸.

Inicialmente, a norma penal em branco foi uma técnica legislativa utilizada pela primeira vez por Karl Binding em seu estudo sobre as normas e leis penais. Ao analisar a

²²⁷ Remetemos o leitor ao tópico 4.4.4. para conhecimento da teoria.

²²⁸ ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades, p184.

estrutura das leis penais, Binding notou que, embora a Constituição do Império Alemão adotasse o modelo de Federação com competência geral, em alguns casos, por exigência prática, havia a transferência dessa competência para os estados federados, que complementavam a lei penal até então incompleta²²⁹.

Além disso, a partir dos estudos de Binding sobre a norma é que foi possível distingui-la das leis penais. Na visão do autor percebeu-se que as leis penais eram diferentes, ou seja, uma era descritiva e outra prescritiva, a primeira descrevia um comportamento contrário a uma norma proibitiva ou mandamental, enquanto que a segunda prescrevia uma pena ao autor de tal comportamento. Considerando essa estrutura é que Binding, então, observou que nem todas as leis penais têm ambas as partes plenamente determinadas.

Binding registrou, assim, a existência de leis penais incompletas, e Franz von Liszt definiu-as como “corpos errantes em busca de sua alma”. Sendo assim, esta existência não apenas persiste na legislação brasileira atual, como a utilização de normas penais em branco vem sendo significativamente apontada de início²³⁰.

As normas jurídicas, por sua vez, eram tidas como proibições ou ordens, estando presentes em todo o ordenamento jurídico. De tal sorte, a norma não estaria inserida na lei penal como um de seus elementos, mas seria absolutamente independente, tendo o seu conteúdo incorporado pela lei penal na forma de uma proibição ou de um comando, estabelecendo que o sujeito aja ou deixe de agir de determinada maneira. Atento à estrutura da lei penal, Binding concluiu que, aquele que comete uma conduta criminosa viola a norma penal e não a lei. Em seguida o autor constatou que, apesar de grande parte dos tipos penais serem plenos ou completos, uma vez, que, tanto preceito legal quanto a sanção estavam integralmente descrito, existiam ocasiões em que o preceito legal estava apenas parcialmente estabelecido, fazendo remissão a outro texto legal preexistente ou futuro²³¹.

Diferentemente do que se verifica nos dias atuais, a questão da norma penal em branco não foi tratada como um grande problema à luz do princípio da legalidade, o que pode causar alguma estranheza pela vertente liberal adotada por Karl Binding. Algumas explicações são buscadas nesse tocante. Em primeiro lugar, isso pode ser explicado pelo fato de a Constituição do Império Alemão prever a existência de uma competência geral da Federação,

²²⁹GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. Técnicas de reenvio do direito penal ao direito administrativo e as regras de aplicação da lei penal no tempo. In. Direito Penal Econômico: Administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Org. SOBRINHO, Fernando Martins Maria. Londrina: Thoth, 2017, p82.

²³⁰ Ibidem, p82.

²³¹ NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no direito penal, p66.

não se tratando mais de competência autônoma dos Estados como anteriormente. Ocorre que, era permitida a transferência de algumas competências às unidades da Federação, desde que não alterasse matéria expressamente determinada pela legislação imperial. Nesse sentido, uma lei imperial não poderia ser alterada por lei estadual, todavia, era possível ser atribuída a uma lei estadual a complementação de leis imperiais, inclusive de competência penal²³².

Tendo isso em vista, os problemas de legalidade enfrentados à época parecem ser de menor monta, haja vista que a complementação se daria por leis editadas por representantes do Poder Legislativo. Mesmo porque o que se entendia por legalidade, ou *nulla poena sine praevia*, estava em absoluta dissonância com relação aos parâmetros e conceitos que se têm hoje, adquirindo evolução expressiva apenas com a posterior consolidação do conceito de princípio da tipicidade²³³.

Por outro lado, ainda é de se pensar que a grande maioria dos preceitos das leis penais era completa, contendo toda a descrição da conduta criminosa, em razão das relações sociais não serem tão complexas como atualmente. Ademais, as poucas remissões normativas que havia até então estavam relacionadas, em regra, a crimes pouco relevantes, com penas pouco expressivas no ordenamento jurídico²³⁴.

Ademais, ao reviver os estudos da norma penal em branco, Edmund Mezger foi quem ampliou o conceito de norma penal em branco. Em primeiro lugar, o autor passou a chamá-las de “tipo penal em branco”, que seriam a oposição dos tipos penais fechados, dos quais, necessitariam de complemento. Além disso, sugere uma classificação em duas categorias de lei penal em branco, a primeira delas seria a das “leis penais em branco imprópria”, ou “sentido amplo”, nas quais a sanção aparece ligada a um tipo penal que ser complementado, o que pode se dar de três formas. Na primeira, a complementação está na mesma lei, sendo mera técnica legislativa. A segunda, por sua vez, possui o complemento em outra lei emanada da mesma instância legislativa. Por fim, na terceira forma, que configura, concomitantemente, a segunda categoria de norma penal em branco proposta por Mezger, a complementação aloca-se em outra lei, desta vez emanada por outra instância legislativa. As leis penais que possuem esta última forma de remissão são chamadas pelo autor de “lei penal em branco em sentido estrito” ou “própria”²³⁵.

²³² Ibidem, p66-67.

²³³ Ibidem, p67.

²³⁴ Ibidem, p67.

²³⁵ MEZGER, Edmund. Tratado de derecho penale aleman. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p396-397.

Para a doutrina brasileira, a classificação da norma penal em branco pode se dar de várias formas, como: i) a norma penal em branco em sentido lato ou homogênea, em que o complemento tem a mesma natureza jurídica e provém do mesmo órgão que elaborou a lei penal incriminadora. Podendo ser homovitelina, quando a lei incriminadora e seu complemento (outra lei) encontram-se no mesmo diploma legislativo, ou heterovitelina, se estiverem alocadas em diplomas diversos; ii) norma penal em branco em sentido estrito ou heterogênea, em que o complemento tem natureza jurídica diversa e emana de órgão distinto daquele que elaborou a lei penal incriminadora; iii) norma penal em branco inversa ou ao avesso, que o preceito primário é completo, mas o secundário reclama complementação. Neste caso, o complemento deve ser obrigatoriamente uma lei, sob pena de violação ao princípio da reserva legal; iv) norma penal em branco de fundo constitucional, que o complemento do preceito primário constitui-se em norma constitucional e, v) norma penal em branco ao quadrado, é aquela cujo complemento também depende de complementação. Em síntese, o tipo penal é duplamente complementado²³⁶.

De maneira meramente exemplificativa artigos que são normas penais em branco presente no Direito Penal Econômico: Lei 7.492/86, art 2ª ao 23 – instituição financeira, operação de câmbio não autorizada, saída de moeda ou divisa para o exterior sem autorização legal, depósitos não declarados à repartição federal competente, disposição expressa em lei. Lei Complementar 105/2001, art 10 – fora das hipóteses autorizadas, informações requeridas nos termos desta lei complementar. Lei 8.137/90, art 1º a 3º - documentos ou livros exigidos pela lei fiscal, operações tributáveis, legislação; prazo legal, informação contábil. Código Penal, art 168-A e 337-A – previdência social, as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. Lei 8.137/90, art 7º - desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial, taxa de juros ilegais, matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo²³⁷.

Todavia, a doutrina se preocupou apenas em enfrentar os diversos problemas de legitimidade que as normas penais em branco carregam consigo, e não se preocupando com a sua conceituação. E isso se torna problemático por alguns fatores. Um deles é a comum confusão que se realiza entre os conceitos próximos, porém diferentes: a norma penal em branco, os elementos normativos, os elementos de valoração global do fato e, mais recentemente, o conceito de assessoriedade administrativa.

²³⁶ MASSON, Cléber. Ob. Cit, p101-102.

²³⁷ ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades, p185-186.

E foi a partir do século XX que o conceito de norma penal em branco passou a ser mais explorado pela doutrina, demonstrando um inicial interesse em técnicas de remissão para adequação do Direito Penal às novas evoluções sociais que começavam a se apresentar²³⁸.

Na visão do autor Luis Jiménez de Asúa, a seu ver, mesmo os preceitos em branco compõem a tipicidade, fazendo crer que é equivocado afirmar que os tipos em branco seriam incompletos. A natureza desses preceitos seria rigorosamente a mesma natureza de qualquer outro elemento do tipo que alude à antijuridicidade da conduta, integrando, portanto, o tipo penal. Na realidade, para o autor, esses elementos não seriam nada mais que ‘elementos normativos incrustados no tipo’²³⁹.

Para Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, as normas penais em branco são aquelas que estabelecem uma pena para uma conduta que se encontra individualizada em outra lei (formal ou material)²⁴⁰, e segundo Zaffaroni, a norma penal em branco fere o princípio da legalidade formal, aceitando a legalidade apenas daquelas que provêm da própria lei, de lei hierarquicamente idêntica ou de lei de hierarquia superior²⁴¹.

No que tange à doutrina nacional, esta traz a mesma pluralidade de conceitos entre os seus autores. Inicialmente, com Néelson Hungria, a definição de norma penal em branco é aquelas que dependem, para sua exigibilidade, do complemento de outras normas jurídicas *in fieri* ou da futura expedição de certos atos administrativos (regulamentos, portarias, editais etc.). Chama-as de leis penais ‘cegas’ ou ‘abertas’²⁴².

Frederico Horta apresenta uma proposta diferente, na qual a lei recorre a obrigações ou proibições residentes em atos normativos diversos, sem as quais não é possível extrair da lei penal o sentido do preceito sobre o qual incide uma punição. Esses elementos alheios à lei penal são denominados pelo autor de ‘elementos em branco de uma lei penal’ e não compõem o tipo penal, mas apenas a lei penal, uma vez que o tipo penal inserido na sistemática da teoria do delito não admite o vazio, diferentemente da lei que é apenas forma e não conteúdo²⁴³.

Juarez Cirino dos Santos já remonta as normas penais em branco a uma moderna administrativização do Direito Penal, levando o poder punitivo a funcionários e diplomas do Poder Executivo. O autor – adotando uma posição minoritária –, ainda, entende que tal delegação de capacidade normativa penal do Poder Executivo ou a níveis inferiores de atos

²³⁸ NAVES, José Paulo Micheletto. Ob. Cit, p68-69.

²³⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. Cit, p345.

²⁴⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Ob. Cit, p449.

²⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p206.

²⁴² HUNGRIA, Nelson. Ob. Cit, p93.

²⁴³ HORTA, Frederico. *Apud* NAVES, José Paulo Micheletto. Ob. Cit, p70-71.

legislativos estaria infringindo o princípio da legalidade, pois, segundo o mesmo, o uso do Direito Penal com a finalidade instrumental de realizar políticas públicas emergenciais é inconstitucional²⁴⁴.

Essa dissonância entre as definições sobre o mesmo instituto das normas penais em branco reflete não apenas uma ausência de uniformidade conceitual, que pode gerar distorções na aplicação do referido instituto, mas que demonstram a sua insuficiência para enfrentar o cenário contemporâneo em que o Direito Penal se encontra. E os efeitos jurídicos nem sempre serão os mesmos, comparado com os demais institutos posteriores, podendo-se afirmar, que os efeitos do erro não serão, necessariamente, homogêneos em todas as situações de remissão normativa.

O objetivo das normas penais em branco é satisfazer os fundamentos que justificam a sua existência: atribuir flexibilidade e capacidade de atualização à lei penal. Sendo assim, a importância de leis penais em branco para garantir eficiência do direito penal econômico é imprescindível, não só para isso, como também para assegurar que a função do Direito Penal (proteção do bem jurídico) seja evidentemente efetivada.

4.4.2. Os elementos normativos do tipo

Desde o causalismo até as tendências dogmáticas mais modernas, há uma evolução na estrutura valorativa e na composição de cada parcela integrante da teoria do delito, e cada teoria da ação adotada tem reflexos nos conceitos do tipo penal, na qual, foi o último a ser determinado pelo Direito Penal, como sendo um esquema legal abstrato que descreve condutas proibidas/mandamentais pelo ordenamento jurídico. O que ocorre é que durante o causalismo, o tipo penal abstraía os valores em sua estrutura, tendo objetivamente uma função descritiva, isto é, apenas descrevia a imagem externa de uma conduta específica, verificando se existia adequação à norma proibitiva abstratamente prevista²⁴⁵.

Evidentemente, o conceito de tipo penal não determinava com exatidão uma série de institutos necessários à compreensão do delito. O conceito de ação deixou de ser o centro das atenções na teoria do delito, passando a figurar como elemento do tipo penal²⁴⁶. Desde então,

²⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3 ed. Curitiba: Lumens Juris, 2008, p53.

²⁴⁵ (...) para Beling, o tipo deveria considerar-se valorativamente neutro, a ação seria típica sempre que, formalmente, se pudesse subsumir em uma das descrições de conformação externa da conduta punível, independentemente da formulação de qualquer juízo de valor, este só viria a ter lugar quando se analisasse a concordância ou oposição entre o comportamento externo-objetivo do agente e as exigências impostas pela ordem jurídica, isto é, precisamente, quando se analisasse a licitude ou a ilicitude daquele comportamento. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Vol. 1. Reimpressão. Colaboração de Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008, p281.

²⁴⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p17

percebeu-se a importância de compreensão de como os valores integravam o conceito do injusto penal e de que forma estavam contidos na norma, assim, mesmo que de forma excepcional, os valores passaram a fundamentar a estrutura do injusto penal²⁴⁷.

Assim, mesmo sem romper com o sistema causalista de Liszt-Beling, houve necessária reestruturação da estrutura do delito, agregando uma valoração no tipo penal e, a partir da inclusão de elementos normativos e subjetivos na estrutura típica, tornando-a valorativa (mesmo que ainda de forma excepcional), começou-se a perceber que existia uma relação entre tipo penal e ilicitude, dentro da estrutura do injusto penal²⁴⁸. A partir de então, algumas teorias foram utilizadas para configurar tal relação. Adeptos do neokantismo, Mayer desenvolveu a teoria da *ratio cognoscendi*, enquanto Mezger estruturaram o conceito através da teoria da *ratio essendi*.

Superado, então, o período clássico do delito, ensejava-se o sistema neokantiano, sendo que algumas premissas conceituais foram alteradas. Destacam-se os autores Max Ernest Mayer e Edmund Mezger, onde desenvolveram os elementos normativos. Mayer concebeu a existência de elementos normativos do tipo, os quais se caracterizavam por não serem elementos apenas descritivos, mas que produziam juízos de valor, já demonstrando que o tipo não seria composto apenas por elementos objetivos, como entendia Beling.

Os elementos normativos do tipo possuíam uma diferença em relação aos elementos meramente descritivos, pois, para aqueles a atividade cognitiva se mostrava insuficiente para uma adequada interpretação do comando da norma, exigindo-se um exercício de valoração por parte do agente²⁴⁹.

Mayer vislumbrava nos elementos normativos uma peculiar antecipação, na verificação da tipicidade, de valorações jurídicas que, segundo a concepção tradicional de delito também por ele cultivada neste ponto, não seriam próprias desse juízo, mas reservadas ao juízo autônomo de ilicitude. A partir dessa característica, Mayer distingue os elementos normativos dos demais elementos dos tipos legais de crime como se fossem verdadeiras degenerações do sistema. Os elementos normativos seriam normatizados de forma independente da conduta praticada pelo autor do fato típico. Assim, os elementos normativos

²⁴⁷ LOPES, Luciano Santos. Injusto penal: a relação entre o tipo e a ilicitude, p68.

²⁴⁸ Ibidem, p68-69.

²⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p22.

integrariam a descrição da figura típica e, ao mesmo tempo, seria parte do conteúdo da ilicitude. Seria a ligação entre o tipo penal e a ilicitude²⁵⁰.

Enquanto os elementos em geral do tipo, tomados em conjunto, não conformam mais que um indício da ilicitude do comportamento por eles descrito, os elementos normativos individualmente, por sua referência ao direito não só apontam como também fundamentam essa ilicitude. Os elementos normativos não compõem a *ratio cognoscendi* da ilicitude, mas são sua *ratio essendi* e, portanto, pertencem à ilicitude mesma com sua essência²⁵¹.

Mezger, por sua vez, também concorda com a existência dos elementos normativos e, que haveria uma aproximação mais radical entre a tipicidade e antijuridicidade do que a elaborada por Mayer. Para Mezger os elementos normativos são todos os pressupostos do injusto típico que só podem ser determinadas mediante uma especial valoração da situação de fato. O autor insiste que todos os elementos do tipo são, na verdade, normativos, já que são conceitos jurídicos e, portanto, valorativos e teleologicamente determinados. A razão de Mezger está por razões de Direito Público (político), pois, tendo em vista a indeterminação e o subjetivismo que os juízos valorativos conferem ao tipo, Mezger pretende por seu conceito e dentro do possível, destacar os elementos normativos dos descritivos, que haveriam de ser comprovados no caso concreto pelo juiz²⁵².

O delito passaria a ter uma estrutura bipartida, incluindo-se a tipicidade na antijuridicidade, considerando-se o crime como uma “ação tipicamente antijurídica e culpável”. O autor entendeu que a tipicidade não era apenas um indício de antijuridicidade (*ratio cognoscendi*), mas sim, a própria base da antijuridicidade (*ratio essendi*), sendo aquela a razão de ser desta²⁵³.

Logo, se pensarmos na estruturação dos tipos penais, hoje estes são representados, necessariamente, por um núcleo – matar, subtrair etc. –, sendo a primeira etapa para a construção de um tipo penal incriminador, e em torno do núcleo se agregam as elementares, que visam proporcionar a perfeita descrição da conduta criminosa. A primeira são os

²⁵⁰ São elementos normativos (e, na sua expressão, inautênticos) da tipicidade: “Os elementos normativos do tipo jurídico são aquelas partes integrantes de um resultado típico que tem apenas um significado avaliativo”. São, ainda, “elementos autênticos da ilegalidade. Uma vez que uma circunstância que não indica a ilegalidade, mas a justifica, que não é, portanto, *ratio cognoscendi* mas *ratio essendi*, pertence à ilegalidade, é parte integrante dela. Mas os elementos normativos tem justamente essa particularidade”. MAYER, Max Ernest. Derecho Penal: parte general, p228-231. *Apud* LOPES, Luciano Santos. Injusto penal: a relação entre o tipo e a ilicitude, p84.

²⁵¹ WOLF, Erik. Las categorías de la tipicidade, p111. *Apud* HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: Uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da UFMG. Minas Gerais, p28.

²⁵² MEZGER, Edmund. Tratado de derecho penale aleman. Tomo I, p388-389.

²⁵³ BITENCOURT, César Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa, p23.

elementos descritivos (objetivos) que são os dados da conduta criminosa que não pertencem ao mundo anímico do agente. Possuem validade exterior que não se limita ao sujeito que o pratica. Podem ser constatados por qualquer pessoa, uma vez que exprimem um juízo de certeza²⁵⁴. Esses elementos (descritivos) são inerentes a todos os tipos penais e descrevem os aspectos materiais da conduta, como objetos, animais, coisas, tempo, lugar, forma de execução etc. Não exigem juízo de valor para compreender o seu significado.

Em segundo, refere-se aos elementos normativos, por seu turno, são aqueles para cuja compreensão não pode o sujeito limitar a uma mera atividade cognitiva. Reclamam, para perfeita aferição, uma interpretação valorativa, isto é, necessitam de um juízo de valor acerca da situação de fato por parte do destinatário da lei penal²⁵⁵. Estes elementos se expressam em termos jurídicos: funcionário público, documento, cheque, duplicata etc, e extrajurídicos ou culturais: decoro, pudor, ato obsceno etc²⁵⁶.

A partir daí, quando o agente concretiza estes elementos objetivos (descritivos e normativos) ocorre o que chamamos de tipicidade formal, e para a existência da tipicidade penal ainda se necessita da tipicidade material e da tipicidade subjetiva (dolo). A pretensão em distinguir os elementos normativos dos elementos descritivos, além de demandarem uma valoração ou compreensão intelectual, também está diretamente relacionada à origem epistemológica do reconhecimento de tais elementos pela dogmática penal.

Claus Roxin faz uma diferente abordagem dogmática sobre essa separação entre os elementos normativos e descritivos. Para ele, e alguns elementos meramente descritivos há igualmente uma necessidade de interpretação conforme a finalidade protetiva da norma e, em consequência, conforme critérios normativos. Mais que isso, ele anuncia que “a maioria dos conceitos normativos também não são apresentados como avaliações puras (...), mas sim, como um substrato descritivo”²⁵⁷.

Além do mais, aponta os problemas da delimitação de elementos normativos e descritivos em questões concretas, afirmando que, por vezes, até mesmo elementos que em

²⁵⁴ MASSON, Cléber. Ob. Cit, p235-236.

²⁵⁵ Ibidem, p236.

²⁵⁶ Os elementos normativos podem ser jurídicos ou culturais. Os jurídicos são os que traduzem conceitos próprios do Direito, relativos à ilicitude “indevidamente” e “sem justa causa”, ou então atinentes a termos ou expressões jurídicas. Os elementos normativos que dizem respeito a termos ou expressões jurídicas são também denominados de elementos normativos impróprios. Por sua vez, elementos normativos culturais, morais ou extrajurídicos são os que envolvem conceitos próprios de outras disciplinas do conhecimento, artísticas, literais, científicas ou técnicas. Elementos subjetivos são os que dizem respeito à esfera anímica do agente, isto é, à sua especial finalidade de agir e às demais tendências e intenções. Sempre que o tipo penal alojar em seu bojo um elemento subjetivo, será necessário que o agente, além do dolo de realizar o núcleo da conduta, possua a finalidade especial indicada expressamente pela descrição típica. MASSON, Cléber. Ob. Cit, p236.

²⁵⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general, p306.

um primeiro momento parecem descritivos, em hipóteses duvidosas, devem ser interpretados conforma a destinação de proteção do bem jurídico, com o auxílio de critérios normativos, de maneira em que praticamente todos os elementos seriam normativos. Da mesma maneira, os conceitos normativos tampouco se apresentariam como puras valorações, já que possuem um substrato descritivo²⁵⁸. Até então, a doutrina, na sua maioria, ainda sim, diferencia os elementos normativos por necessitarem de especial valoração do interprete para terem sentido enquanto descrição da realidade.

Não obstante, embora a utilização dos elementos descritivos predomine sobre os elementos normativos no Direito Penal tradicional, no Direito Penal Econômico é diferente, os elementos normativos é que predominam sobre os elementos descritivos em quantidade, e isso é percebido da análise dos tipos penais constantes nos diplomas legais, como na Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), na qual se verificam em número reduzido os elementos descritivos²⁵⁹. Exatamente a utilização de elementos normativos nos tipos econômicos é que conferirá a maleabilidade, flexibilidade que o Direito Penal Econômico precisa, devido às características do bem jurídico supraindividual: Ordem econômica, fazendo com que as tipificações dos crimes econômicos sejam ricas de elementos normativos.

De forma exemplificativa, são elementos normativos do tipo no Direito Penal Econômico: Lei 7.492/86, arts 2º ao 23 – fraudulentamente; certificado; cautela; documento; valores mobiliários; prospecto; material de propaganda; posse; dinheiro; títulos; valor; bens móveis; empréstimos; adiantamento; cônjuge; ascendentes; descendentes; financiamento, etc. Lei 8.137/90, arts 1º a 3º - tributo; contribuição social; qualquer acessório; autoridades fazendárias; nota fiscal; duplicata; fatura; nota de venda; rendas; sujeito passivo da obrigação tributária; contribuinte beneficiário; incentivo fiscal; fazenda pública, entre outros²⁶⁰.

A partir da definição dos elementos normativos algumas distinções podem ser realizadas nas diversas classificações que se apresentam na doutrina, cabendo aqui, ressaltá-las por interesse no estudo desenvolvido deste trabalho. A primeira distinção está nos elementos normativos do tipo explícitos (escritos) e implícitos (não escrito). Segundo Robson Antônio Galvão da Silva (2009), os elementos normativos do tipo explícitos são os escritos no correspondente preceito da parte especial que aparecem como elementar peculiar ou privativo desse tipo, ainda que possam ser repetidos. Já os elementos normativos do tipo implícito são aqueles que são comuns a todos os tipos ou a grupos de tipos que normalmente não estão

²⁵⁸ *Ibidem*, p306-307.

²⁵⁹ ALMEIDA, André Vinicius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p94

²⁶⁰ ZINI, Júlio César Faria. Ob. Cit, p187.

expressos em cada preceito da parte especial, mas que derivam de construções dogmáticas ou de preceitos da parte geral²⁶¹.

Os elementos normativos do tipo positivo e do tipo negativo se referem àqueles que adotam a teoria de um tipo global de injusto, nos moldes dos elementos negativos do tipo, podendo distingui-los, nos quais, o primeiro são os que constam na descrição típica, ao passo que os segundo são os que aparecem em causas de justificação ou de atipicidade²⁶².

Com relação aos elementos normativos de sentido e de valor o autor faz menção que, embora pareça ser difícil fazer uma distinção entre esses dois tipos de elementos normativos, afirma que os elementos normativos de valor são aqueles que implicam uma valoração, normalmente negativa, enquanto que os elementos normativos de sentido seriam aqueles em que as normas de referência fazem (ou melhor, ajudam a fazer) compreensíveis o seu sentido jurídico, social, religioso, dentre outros. Como exemplo dos primeiros, citam-se, os elementos cruelmente, atos obscenos, etc. Já com relação ao segundo, refere-se à documentos, alheio, matrimônio, etc²⁶³.

A próxima classificação sobre os elementos normativos está para os tipos jurídicos e tipos extrajurídicos. O autor cita que na sociedade existe uma pluralidade de sistemas de valoração que, por meio do processo legislativo, buscam reconhecimento jurídico. v.g., a busca pelo reconhecimento do direito ao matrimônio de pessoas homossexuais. Esse exemplo apenas demonstra que nem todos os valores são reconhecidos como válidos pelo Direito, o que não lhes impede de possuir validade em outros sistemas sociais. Assim, as normas que dão existência a esses elementos podem ser tanto do sistema jurídico como de outros, sendo que, nesse caso, o sistema jurídico pode reinterpretar o significado da norma social segundo critérios jurídicos ou pode buscar manter o sentido original. Tendo em vista essas premissas, percebe-se que existem elementos normativos jurídicos e extrajurídicos, conforme o critério de validade escolhido seja o do sistema jurídico ou do sistema social²⁶⁴.

Dessa forma, percebe-se a necessidade do emprego de elementos normativos nos tipos penais. O tipo penal deve ir além da mera descrição de condutas proibidas, valorando-as também. Os elementos normativos, ao lado dos elementos descritivos são reveladores do caráter proibido da conduta típica. Cumpre advertir que o problema dos elementos do tipo referentes ao princípio da legalidade surge, sobretudo, a partir da utilização de elementos

²⁶¹SILVA, Robson Antônio Galvão da. O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico. Dissertação de Mestrado, 2009, 229 páginas. Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p56.

²⁶² Ibidem, p58.

²⁶³ Ibidem, p58.

²⁶⁴ Ibidem, p59.

normativos na tipificação das condutas, uma vez que, abrem espaço para uma possível divergência de interpretação com os elementos normativos. Entretanto, o tipo puramente descritivo pressupõe uma sociedade muito previsível e pouco complexa, esperando situações já pré-estabelecidas e conhecidas, cenário que vai na contramão daquilo que existe no Direito Penal Econômico, como a sociedade de risco.

E por fim, ao elemento subjetivo (dolo), André Vinicius de Almeida evidencia, ainda, que os tipos penais que compreendem elementos normativos dirigem-se ao dolo do agente outra exigência, na medida em que consciência e vontade – elementos cognitivos e volitivos do dolo – devem abranger igualmente o conteúdo dos referidos elementos, o que não se passa a naturalidade verificável em relação aos elementos descritivos²⁶⁵.

4.4.3. Os elementos do dever jurídico (valoração global do fato de Roxin)

Para os estudos dos elementos do dever jurídico, far-se-á uma compreensão do conceito do próprio elemento de Hans Welzel, quem foi o primeiro a se debruçar sobre a questão e, por fim, abordará a reformulação proposta por Claus Roxin, que passou a tratar o conceito como elementos de valoração global do fato.

Inicialmente, o conceito de elementos do dever jurídico surge com Welzel, que, em sua teoria reconhece no tipo penal a previsão da matéria proibitiva, que para ele o tipo penal deverá ter a descrição de modo exaustivo da conduta delitiva e sua matéria de proibição, o que seria denominado por ele de “tipo fechado”. Já a norma, a proibição da realização dessas formas de condutas. Sendo assim, quem atuaria em conformidade com o tipo penal sempre estaria agindo de forma contrária à norma. Isso significa, todavia, que o autor agiria de forma antijurídica, em razão das chamadas “proposições permissivas”²⁶⁶. Por isso, para Welzel, as circunstâncias legais do fato incriminado descrevem uma conduta humana em sua dimensão social, e não apenas natural ou sensorial. Explica que “o ser no qual essa conduta tem lugar não é a realidade das ciências naturais, carente de sentido, mas a realidade da vida social, carregada de significação e perpetrada de relações de sentido”²⁶⁷.

²⁶⁵ ALMEIDA, André Vinicius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico, p94.

²⁶⁶ WELZEL, Hans. O novo Sistema Jurídico-penal. Trad. Luiz Regis Prado, p47-48.

²⁶⁷ WELZEL, Hans. Direito Penal. Trad. Afonso Celso Rezende, p110.

“As circunstâncias legais do fato incriminado que só parcialmente se podem perceber sensorialmente, mas que em sua maior parte unicamente se pode captar intelectualmente são identificadas por Welzel como circunstâncias normativas do fato. Essas são, para Welzel, tão reais quanto as circunstâncias sensorialmente perceptíveis; as descritivas, e são igualmente conformadoras do tipo penal. Por isso, ainda segundo Welzel, os elementos normativos hão de ser compreendidos pelo dolo, inclusive aqueles de conteúdo jurídico”.

Mas Welzel identifica também o “tipo aberto”, que em muitos casos, o tipo penal descreveria apenas uma parte das condutas, confiando ao juiz a missão de complementá-lo, por meio de critério que se deduz da lei.

Segue o conceito de tipos abertos elaborado por Welzel:

É possível denominar de tipos “fechados” aqueles que apresentam as características mencionadas, pois elencam exhaustivamente os pressupostos materiais da ilegalidade. À sua frente, estão os tipos “abertos” ou “que devem ser preenchidos”, que por si só não indicam a ilegalidade, e nos quais, ela deve ser comprovada por meio de posterior julgamento independente. Neles, para apurar a ilegalidade, não basta estabelecer a circunstância negativa de que não há motivos de justificação²⁶⁸.

Geralmente, a complementação judicial de um tipo aberto se baseia em um determinado critério, um “quadro reitor” extraído da lei, que deve permitir ao seu aplicador ao menos reconhecer as características complementares do tipo²⁶⁹. Sendo assim, são perceptíveis os tipos abertos nos delitos culposos e omissivos impróprio.

Os tipos culposos são abertos porque não determinam a conduta típica, mas apenas o resultado. Haverão de ser, portanto, complementados pelo juiz no caso concreto, observando o critério reitor geral segundo o qual atua culposamente quem não observa o cuidado requerido em um determinado âmbito de relação. Então, para verificar a adequação de uma determinada conduta a um tipo culposo, cabe ao juiz investigar qual seria o cuidado requerido ao autor na situação concreta em que atuou, para então, comparando a conduta verificada com o modelo reitor de conduta cuidadosa, orientada para evitar consequências indesejáveis, concluir pela observância ou não do cuidado devido²⁷⁰.

Já os tipos omissivos impróprio são abertos porque deles só se pode deduzir diretamente a conduta, consistente em não evitar determinado resultado, mas não às

²⁶⁸ Se puede illamar tipos “cerrados” e los que tienen la características señaladas, porque enumeran exhaustivamente los presupuestos materiales de la antijuridicidade. Frente a ellos hay tipos “abiertos” o que requieren ser completados, lo que no indican de por sí la antijuridicidade, y em los que debe ser fundamentada ésta a través de um juicio ulterior independiente. Em ellos, para averiguar la antijuridicidade, no basta el establecimiento de la circunstancia negativa de que no intervienen fundamentos de justificación. **(Trecho original da obra)**. WELZEL, Hans. Derecho Penal aleman: parte general, p86-87.

²⁶⁹ WELZEL, Hans. Derecho Penal aleman: parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p82.

²⁷⁰ Ibidem, p185.

Juarez Tavares, que compreende o tipo como “descrição definitiva dos elementos que caracterizam a conduta proibida” e, portato, como “tipo de injusto”, critica a classificação dos tipos culposos como “tipos abertos”, esclarecendo que: a complementação pelo juiz de elementos normativos, contidos no tipo dos delitos culposos, isto é, da comprovação acerca da conduta perigosa, da violação do risco autorizado, da lesão aos deveres de cuidado e da imputação, não significa um juízo positivo da ilicitude, mas exclusivamente uma tarefa relativa à confrontação entre tipo e normas permissivas, que figuram como elementos objetivos de valoração. Isto, evidentemente, não conduz à conclusão de que se trate de tipos abertos, os quais o julgador se encarregaria de complementar segundo seus próprios critérios. Trata-se de tipos fechados, nos quais há, primeiramente, uma previsão legal sobre a forma da sua realização, se dolosa ou culposa; depois, a demonstração acerca da desautorização da conduta, aliada à verificação empírica de uma condição para a sua afirmação, resultante da análise das normas de cuidado e dos critérios normativos de imputação que delimitam a conduta perigosa. TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p279-280.

características objetivas do autor, que fundamentam o seu dever de agir. Estas haverão de ser elaboradas pelo juiz, num esforço de complementação do tipo, para o qual ele tomará por critério reitor outros tipos legais, omissivos próprios ou comissivos especiais a fim de identificar os requisitos do dever de agir para evitar o resultado típico²⁷¹.

Por conseguinte, os tipos abertos por não descreverem de forma exaustiva a matéria de proibição, deixando de indicar, respectivamente, a ação proibida e o âmbito de autoria, estes, por sua vez, são complementados pelo aplicador da lei (juiz), com recurso aos critérios reitores “do cuidado devido no âmbito de relação”, no caso dos tipos culposos, e da “posição de garante”, no caso dos tipos omissivos impróprio.

Ocorre que o autor realiza uma distinção no tratamento da ilicitude em relação aos tipos fechados e aos tipos abertos. No tocante aos tipos fechados existiria a citada relação indiciária entre tipicidade e antijuridicidade, isto é, a antijuridicidade é apurada por um procedimento puramente negativo, por meio da constatação de que não concorre nenhuma causa de justificação. Pois, segundo Welzel, a conduta que realiza um tipo fechado concretiza aquilo que a norma penal incriminadora proíbe; está necessariamente em contradição com a exigência da norma, sendo por isso uma conduta “antinormativa”²⁷². Por força dessa necessária antinormatividade, a realização de todo tipo fechado seria indiciária da ilicitude da conduta que a promove.

Mas em relação aos tipos abertos para os quais a lei não oferece um quadro reitor material de complementação, conseqüentemente, segundo Welzel, a adequação a eles de uma conduta concreta não seria capaz de indicar, indiciar a sua ilicitude. Nesses casos, portanto, a verificação da ilicitude da conduta típica dependeria de um juízo de valor autônomo, ou seja, independente do juiz. Isso porque os elementos que tornam o tipo penal aberto remeteriam à esfera da antijuridicidade, fazendo com que a mera análise típica não fosse suficiente para aferir, sequer, um caráter indiciário de ilicitude. E, em vez do procedimento meramente negativo, de exclusão da incidência de causas de justificação, um procedimento mais

²⁷¹ Ibidem, p289.

²⁷² Ibidem, p76.

Também, para determinar a pertinência ou não ao tipo, de uma expressão empregada na disposição legal punitiva, Welzel parte de um critério material, segundo o qual só pertence ao tipo os termos ou expressões da lei que participam da descrição da conduta proibida, isto é, que determinam o conteúdo ou a matéria da norma proibitiva. Destarte, Welzel não admite pertencer ao tipo, ainda que como seus “elementos negativos”, qualquer referência legal expressa a alguma causa de justificação, ainda que prevista no mesmo parágrafo que define a conduta típica. Ilustrando-o, num crítica incidental à teoria do tipo total de injusto e seus elementos negativos, Welzel, adverte que, mesmo se a legítima defesa estivesse incluída no parágrafo que prevê o homicídio, por um modelo de redação como “matar alguém, salvo em legítima defesa”, esta não se converteria em característica “negativa” do tipo. Pois, como argumenta de uma disposição legal como essa, só a parte “matar alguém” pertence à matéria da proibição, uma vez que a legítima defesa não a anula, não retira a antinormatividade de se matar alguém, mas apenas a sua ilicitude. WELZEL, Hans. Derecho penale aleman, p117.

complexo, positivo, de identificação dos fundamentos da ilicitude da conduta, mediante a comprovação do que Welzel denomina de “regras da ilicitude” e “características especiais da ilicitude”²⁷³.

Nesse sentido, o juiz deveria investigar se a conduta seria ilícita por meio da comprovação da presença dos chamados “elementos de dever jurídico”, constituídos por “regras gerais da antijuridicidade” e “características especiais da antijuridicidade”, ou seja, por elementos que remeteriam expressamente à antijuridicidade da conduta. E transportando a teoria de Welzel para o um tipo penal econômico, temos no caso o art. 50-A, Lei 9.605/98, cujo conteúdo estabelece: “desmatar, explorar economicamente ou degradar florestas, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente”. Nesse caso, na visão de Welzel, o elemento “sem autorização” não comporia o tipo sendo um elemento alheio ao mesmo, e estando absolutamente relacionado à antijuridicidade.

Já na visão de Claus Roxin, para que seja possível compreender adequadamente o significado do termo “elementos de valoração global do fato”, é necessário fazer um breve passeio histórico, de modo que a partir da discussão que deu origem ao conceito, seja possível um melhor entendimento do papel que ele cumpre no atual contexto. Sobretudo, no âmbito do Direito Penal Econômico, que possui grande relevância o estudo dos chamados “elementos de valoração global do fato”, uma vez que, nesse campo, comumente, é possível que existam dúvidas sobre a distinção entre tipicidade e antijuridicidade²⁷⁴.

Roxin foi o criador do termo “elementos de valoração global do fato” e inicia seus estudos fazendo uma série de críticas às propostas de Hans Welzel, opondo-se à essência da sua definição de tipos penais abertos, que, segundo Welzel existiriam determinados tipos que seriam incompletos, no sentido de que sem as referências à antijuridicidade, não fundamentariam e nem indicariam o injusto da conduta, ainda quando não existisse uma causa de justificação, e à conceituação dos elementos de dever jurídico como elementos alheios ao tipo.

Primeiramente, refuta que os tipos penais abertos não possuiriam um caráter indiciário. No seu entendimento, a sugerida neutralidade valorativa dos tipos abertos faz com que se aceite um duplo conceito de tipo penal, um no tocante aos tipos fechados, no qual haveria a tipificação de uma ação ilícita, ao passo que, nos tipos abertos, haveria uma estrutura completamente neutra valorativamente. Na realidade, existe um juízo legislativo de

²⁷³ *Ibidem*, p119-120.

²⁷⁴ ALMEIDA, André Vinicius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico, p98.

desvalor de determinada conduta abstrata ao se criar a lei penal. Ademais, no plano sistemático, aponta-se uma incoerência nessa construção dogmática, uma vez que adotar a neutralidade valorativa representa aceitar que condutas absolutamente irrelevantes pode ser objeto do tipo penal, sendo os tipos penais abertos categorias puramente formais. Com isso, aceitar-se-ia a criminalização de condutas juridicamente irrelevantes, o que representaria um retrocesso às posições firmadas desde Binding²⁷⁵.

Roxin de acordo com sua crítica expõe em sua obra:

No entanto, é tão impossível a existência de tais tipos abertos quanto existem realizações de tipo socialmente apropriadas; pois se o tipo é considerado como tipo (classe) de crime, como sentença provisória de inutilidade, não pode ter valor neutro em relação ao injustos²⁷⁶.

O autor ainda ensina que o juízo de imputação que considera uma conduta reprovável implica tanto a afirmação do tipo como a afirmação da antijuridicidade. Isso aconteceria, por exemplo, com a expressão ‘reprovabilidade’, que aparece no tipo de coações do Direito Penal alemão (§240 Abs. 2StGB). Quem coage a outro de modo reprovável não só atua tipicamente, mas também antijuridicamente, não restando espaço para causas de justificação, pois se alguém coage a outro amparado por uma autorização legal, ou por legítima defesa ou por estado de necessidade justificante, não age de modo reprovável e, por isso, atipicamente. Desse modo, nos elementos de valoração global do fato, a existência de uma causa de justificação não elimina apenas a antijuridicidade da conduta, mas também a própria tipicidade²⁷⁷.

Outra crítica posta por Roxin está no conceito, a qual denuncia que os elementos de dever jurídico estariam casualmente agrupados e que não se diferenciariam de forma clara dos demais elementos do tipo. Quase todos poderiam ser classificados como elementos normativos de caráter jurídico do tipo penal, já que nenhum se realiza em um mundo exterior, requerendo, todos, uma comprovação mediante um juízo de valor. Sendo assim, eles comporiam o tipo penal e não a ilicitude, como defende Welzel²⁷⁸.

²⁷⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p206; ROXIN, Claus. Teoria del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: Depalma, 1979, p69-81.

²⁷⁶ “Sin embargo, es tan imposible que existan tales tipos abertos como que haya realizaciones socialmente adecuadas de tipo; pues si se considera el tipo como tipo (classe) de delito, como juicio provisional de desvalor, no puede ser valorativamente neutral respecto del injusto”. **(Trecho original da obra)**. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general, p298.

²⁷⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penale. Parte general, p301.

²⁷⁸ NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no direito penal, p81; ROXIN, Claus. Teoria del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: Depalma, 1979, p121.

Com base nas interseções de Roxin, temos a reformulação conceitual do instituto em substituição do “elemento de dever jurídico” de Hans Welzel, passando a ser considerado por Claus Roxin de “elementos de valoração global do fato”, que são identificados por serem expressões presentes no tipo penal que representam, de maneira genérica, os pressupostos objetivos da conduta incriminada e, concomitantemente, fazem referência à valoração de uma prática individual de uma conduta como antijurídica²⁷⁹. A fundamentação das críticas de Roxin é baseada, em parte, na adoção da teoria do tipo total do injusto (ao menos na época em que escreveu a obra sobre os tipos abertos). Para ele, somente o “tipo total seria realmente um tipo ‘fechado’, já que apenas ele compreende a totalidade do conteúdo do juízo de injusto, dispensando a complementação por parte do juiz”²⁸⁰.

Portanto, é por essa razão que Claus Roxin acaba por atingir conclusão essencialmente oposta sobre os tipos abertos ao afirmar que, “na verdade, os preceitos com elementos de valoração global do fato não são tipos abertos, mas os mais fechados que é possível conceber”²⁸¹. Em face disso, é de se concluir que o conceito de Claus Roxin abrange maior gama de elementos, não se limitando à antijuridicidade formal, um evento proibido e não excepcionalmente permitido por alguma causa de justificação, abraçando também a antijuridicidade material, ou seja, a reprovabilidade social daquela conduta. Por sua vez, os elementos do dever jurídico limitar-se-ão à antijuridicidade formal. Sendo assim, em regra, a ciência dos elementos do dever jurídico demonstra a consciência da antijuridicidade da conduta por parte do agente. Isso não se confirma nos casos dos elementos de valoração global do fato, nos quais não há coincidência com a consciência da antijuridicidade²⁸².

Além disso, é de se destacar que os elementos de valoração global do fato são totalmente incompatíveis com qualquer causa de justificação, uma vez que a sua incidência eliminaria não só a antijuridicidade da conduta, mas também a tipicidade, em razão do caráter híbrido do instituto definido por Claus Roxin²⁸³. E a título de exemplo trazendo para o Direito Penal Econômico, a expressão “sem justa causa”, inserida contra as relações de consumo

²⁷⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p202; DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. El error sobre elementos normativos del tipo. Madrid: La Ley, 2008, p113-114.

²⁸⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, p137.

²⁸¹ ROXIN, Claus. Derecho Penale. Parte general, p300.

²⁸² NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no direito penal, p83.

²⁸³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p208; HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p79-81.

previsto no art. 7º, I, Lei 8.137/90²⁸⁴ caracteriza-se como elemento de valoração global do fato.

4.4.4. A assessoriedade administrativa (administrativização do Direito Penal)

Por fim, para esgotar a análise das formas de remissão normativa, parte-se para o exame da assessoriedade administrativa, também conhecido como, a administrativização do Direito Penal²⁸⁵. Contudo, antes de adentrarmos na análise de como a doutrina penal encara esse instituto, uma breve ressalva terminológica deve ser feita. Nesse trabalho adotara-se a terminologia ‘assessoriedade administrativa’. Tal opção seguirá a doutrina majoritária que prefere adotar o termo ‘assessoriedade’ e não ‘acessoriedade’.

Como bem explica Alamiro Velludo Salvador Netto, a redação ‘acessoriedade’ transmite uma ideia de pura dependência do Direito Penal ao Direito Administrativo. Muitas vezes, lança-se mão dessa noção de dependência a fim de se realizar uma crítica subjacente, que espelha a total utilização do Direito Penal para se alcançar fins de Direito Administrativo, em detrimento dos princípios da legalidade e da *ultima ratio*²⁸⁶.

O autor ainda complementa:

O termo tradicional ‘acessoriedade’ conduz, normalmente, a uma crítica velada, colocando em xeque a legitimidade penal de agir como reforço da imperatividade das determinações executivo-estatais. Apesar disso, afirma que ‘essa carga crítica do conceito também não parece impedir a possibilidade da ideia da assessoriedade ser

²⁸⁴ **Art. 7º** Constitui crime contra as relações de consumo: **I** - favorecer ou preferir, **sem justa causa**, comprador ou freguês, ressaltados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

²⁸⁵ A expressão ‘administrativização’ do Direito Penal não guarda um único significado. Admite mais de uma possibilidade de compreensão. Uma delas concerne à utilização do Direito Penal, por parte do Estado, para garantir o bom andamento de suas próprias atividades, enquanto instância realizadora, provedora e gerenciadora da administração pública nos vários setores da vida social em que intervém. No intento de assegurar obediência aos seus próprios atos e regulamentos, o Estado cria tipos penais que sancionam, justamente, eventuais violações ao Direito Administrativo. Surge aí uma segunda compreensão possível do que significa administrativização do direito penal: diz com uma paulatina aproximação do perfil da norma penal proibitiva ou mandamental ao perfil dos preceitos normativos de direito administrativo, com certo esvaziamento do conteúdo material de injusto. A norma penal vai se assemelhando à administrativa, impondo-se mais como forma do que como substância. GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. Técnicas de reenvio do direito penal ao direito administrativo e as regras de aplicação da lei penal no tempo. In *Direito Penal Econômico: Administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth, 2017, p79.

²⁸⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.18, n.85. São Paulo, 2010, p229. O autor ainda cita outros autores que são adeptos dessa terminologia, como, GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa...; HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco...; LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e sua (in)compatibilidades no direito penal ambiental...; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crise econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos...;

usada na análise dos elementos normativos em geral, pois sua capacidade explicativa é bastante promissora²⁸⁷.

Diante disso, a justificativa em usar o termo ‘assessoriedade’ é pelo fato de carregar consigo uma ideia de amparo ou assessoria, sentido que parece ser mais adequado. E quem propôs a utilização desse termo foi Helena Regina Lobo da Costa, sustentando que a expressão construída dessa forma abarca, para além de certa ideia de dependência, um senso de auxílio normativo, de modo a tornar o conceito mais fidedigno à realidade, tendo em vista que, além dos tipos penais absolutamente dependentes de decisões administrativas, há aqueles que apenas necessitam de, por exemplo, complementação conceitual²⁸⁸.

Portanto, a tomada de críticas em relação ao termo “assessoriedade” só coloca em xeque a legitimidade penal de agir como reforço da imperatividade das determinações executivo-estatais. Por isso que a grafia utilizada “assessoriedade” representa uma necessária participação do Direito Administrativo na construção dos tipos penais econômicos.

Para chegarmos a essa relação de assessoriedade entre os ramos do Direito, teremos que partir da origem dessa relação, que, ocorre com a chegada da sociedade pós-moderna, onde novos interesses penais demonstraram-se dignos de tutela. O enfoque do Direito Penal, então, deixa de ser exclusivamente a proteção dos bens jurídicos individuais e volta sua atenção para um novo estilo de tutela: os bens jurídicos supraindividuais²⁸⁹.

Esse novo panorama, característico da atual sociedade de risco em que se vive, impõe uma simbiose entre o Direito Penal e Direito Administrativo não antes presenciada, criando novas situações, marcadas pelas inéditas formas de remissão normativa vistas, principalmente, nos tipos penais mais novos, relacionadas, em grande medida, ao Direito Penal Econômico. Interação essa, aliás, que não consegue se amoldar à tradicional ideia de tipos penais em branco, justamente por materializar uma nova maneira de diálogo entre as mencionadas esferas do Direito. É em razão disso que passa a ser necessária a criação de um novo conceito, que concretamente expresse essa recente forma de remissão normativa, desta vez, calcada, mormente em permissões, autorizações ou licenças provenientes de algum órgão administrativo²⁹⁰.

Assim, o Direito Penal é utilizado em áreas por ele ainda não ocupadas, que até então era exclusiva pelo Direito Administrativo. Isso faz com que surja um diálogo entre o Direito

²⁸⁷ *Ibidem*, p230.

²⁸⁸ NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no direito penal, p51; COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental. Viabilidade. Efetividade. Tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p66-68.

²⁸⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal supra-individual. Interesses difusos, p33.

²⁹⁰ NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no direito penal, p47.

Administrativo e o Direito Penal, onde o primeiro assessoria o segundo, tornando-se parte do injusto penal. Descrevendo esse fenômeno, Renato de Mello Jorge Silveira afirma que a “inflação legislativa” sofre uma metamorfose significativa, a qual configura uma verdadeira administrativização do Direito Penal²⁹¹.

Alessandro Baratta fala sobre o fenômeno da administrativização do direito penal:

Uma das características desse sistema é a extensão da área da tutela penal aos interesses difusos (meio ambiente, saúde, direito do consumidor, a ordem pública, etc.) e às funções da administração pública, como sistema monetário, o sistema de economia, etc. Esse fenômeno geral pode ser chamado de ‘administrativização’ do direito penal, a qual é bem representado por dois fatores: a) a maior parte das normas penais, produzidas em número cada vez maior, são acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas, quando seu referente material deixa de ser uma norma social para dar vez a uma função administrativa pública; b) os tipos sociais se tornam equivalentes a normas de intervenção da administração pública²⁹².

A partir desse contexto, a ocorrência, a frequência e o conteúdo da assessoriedade administrativa dependem do tipo de relação legalmente estabelecida entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, que pode ser, segundo a classificação de Gunter Heine três possíveis formas de relação. A primeira delas seria aquela em que o Direito Penal é absolutamente dependente do Direito Administrativo, chamado pelo autor de ‘absolutamente acessório’. Haveria, nessa visão, portanto, absoluta dependência entre a previsão penal e as normas ou atos administrativos. Aqui, o conteúdo do injusto penal reside não no dispositivo penal, mas na norma administrativa que o complementa²⁹³.

É o caso, por exemplo, do delito de gestão temerária, disposto no art. 4º, parágrafo único, Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), cuja transcrição típica possui total dependência conceitual em relação às normas administrativas do Banco Central, as quais balizam as maneiras de se administrar uma instituição financeira.

Nessa situação, a crítica que se faz é que o Direito Penal acaba sendo instrumentalizado para garantir o cumprimento das decisões jurídico-administrativas, ou seja, há a sua completa subordinação às finalidades específicas do Direito Administrativo. A bem da verdade, o bem jurídico tutelado pela norma penal deixa de ser, o sistema financeiro

²⁹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crise Econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e crime. Aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p99-100.

²⁹² BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p11.

²⁹³ NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no direito penal, p44; HEINE, Gunter. Acessoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid, v.46, n.1, 1993, p295.

nacional e passa a ser a mera vigência da norma administrativa e a capacidade da Administração Pública em controlar a eficácia de seus atos normativos²⁹⁴.

A segunda forma seria o absolutamente independente, no qual os dispositivos penais descrevem de forma exaustiva a conduta típica, valendo-se muito pouco de remissões normativas, configurando, na esmagadora maioria das vezes, tipos penais fechados. Há, portanto, quase que total independência entre as esferas penal e a administrativa, sendo a conduta lesiva delimitada pelo próprio tipo legal.²⁹⁵ O delito previsto no art. 41, Lei 9.605/98, é um bom exemplo, pois seu conteúdo criminaliza a conduta de “provocar incêndio em mata ou floresta”. Se observado o tipo legal, realmente, viabiliza a compreensão da conduta proibida, com perfeição, sendo autossuficiente a utilização das palavras ‘mata’ ou ‘floresta’, o que não ocorreria no cenário em que o legislador utiliza a expressão ‘floresta de preservação’, conceito puramente técnico, dependente das normativas referentes ao Direito Ambiental.

Por fim, a terceira forma seria aquela em que há relativa dependência das normativas penais quanto às administrativas. As ações tidas como potencialmente lesivas ao bem jurídico tutelado são o objeto da norma penal, não possuindo o caráter de apenas garantir a eficácia de norma administrativa. Todavia, o Direito Administrativo pode ser utilizado, justamente, para se constatar essa lesividade ao bem jurídico que se pretende tutelar. A exemplificação dessa hipótese pode ser considerada com o crime contra o sistema financeiro, previsto no art. 6º, Lei 7.492/86, onde a conduta prevista de ‘induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente à operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente’. Nota-se que a proibição está contida no tipo penal, com exceção do termo ‘repartição pública competente’, que remete à órbita extrapenal, parte secundária da descrição típica, cujo conteúdo em nada abala a ciência do desvalor da conduta²⁹⁶.

Nesse momento passa-se a entender, especificamente, as diferentes categorias trazidas na relação que o Direito Penal tem com o Direito Administrativo na tutela de bens jurídicos supraindividuais, cuja razão é de assessoria administrativa, na qual, uma das faces da administrativização do Direito Penal é justamente revelada através de técnicas de tipificação penal que se apoiam em reenvio normativos ao Direito Administrativo. Essas categorias se manifestam de diversas maneiras se pensarmos na perspectiva de normas penais incriminadoras, isto é, a primeira relação é de assessoria conceitual, a segunda é de assessoria

²⁹⁴ Ibidem, p45.

²⁹⁵ Ibidem, p46.

²⁹⁶ Ibidem, p47.

de direito (ou assessoriedade normativa geral), e por último a assessoria de atos administrativos (ou assessoriedade normativa individual). Estas categorias foram trazidas por Norberto Mata Barranco ao estudar os crimes ambientais.

A primeira seria a assessoriedade conceitual, na qual há uma incorporação de conceitos próprios do Direito Administrativo à norma penal. Ou seja, a lei penal emprega termos ou expressões que designam institutos ou objetos de regulação do Direito Administrativo, apropriando-se do sentido que este lhes atribui. Para Norberto de la Mata Barranco, essa forma de assessoriedade possui importância a partir do momento em que pode viabilizar a uniformização dos conceitos dentro do ordenamento jurídico, produzindo segurança jurídica, o que não impede que cada seara do Direito crie conteúdos diversos para o mesmo conceito, desde que cada qual esteja bem definido²⁹⁷. Um exemplo a se usar é o tipo penal estabelecido no art. 39, Lei 9.605/98²⁹⁸, com o elemento normativo “floresta considerada de preservação permanente”, que é determinado pelo Código Florestal (Lei 12.651/12), um típico diploma legal de Direito Administrativo, e seus regulamentos.

Com efeito, a assessoriedade conceitual não parece com os elementos da norma penal em branco, mas sim, trata-se de elementos normativos do tipo, de conteúdo jurídico administrativo. Afinal, o que distingue a norma penal em branco, dos elementos normativos do tipo é a referência que aqueles fazem ao conteúdo imperativo de uma norma extrapenal, legal ou regulamentar, estabelecida por ato diverso da própria lei penal. Que por sua vez, quando um termo ou expressão legal qualquer conota um fato, de modo que a remissão a outras normas se impõe apenas para determinar-lhe a precisa significação, esses termos integram por si só o tipo que a partir deles se constrói formalmente. São, portanto, elementos normativos do tipo, e não norma penal em branco.

A segunda refere-se à assessoriedade de direito, ou normativa geral. Aqui, o conteúdo típico é complementado por fontes clássicas do Direito Administrativo, como leis, portarias, decretos, resoluções etc., que independentemente da forma não tenham por destinatários pessoas determinadas ou determináveis, sendo que a infração da norma administrativa constitui matéria de proibição penal. Essa complementação pode ser decorrente de diplomas

²⁹⁷ MATA BARRANCO, Norberto de la. Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita. Barcelona: CEDES, 1996, p78.

²⁹⁸ **Art. 39.** Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

com o mesmo nível hierárquico ou de categorias inferiores da norma penal a ser preenchida²⁹⁹.

Em outras palavras, o tipo objetivo, delimitado de forma aberta através da técnica da remissão normativa, remete então as normativas administrativas e, estas, quando violadas, também passam a constituir matéria de proibição penal. Aqui, é necessário fazer uma ressalva, só será possível e constitucional se a lei penal contiver os elementos fundamentais do tipo, trazendo o desvalor da ação e a conduta punível descrita de forma clara e precisa, restando à norma administrativa apenas o dever de complementá-lo. Esta forma de assessoriedade pode ser vista no art. 34, Lei 9.605/98³⁰⁰, que incrimina a violação da proibição geral, emanada da autoridade administrativa, de pescar em determinados períodos ou em determinados lugares.

Quando, porém, a lei penal se refere a normas permissivas de eficácia individual, estabelecidas por atos administrativos destinados a pessoas determinadas ou determináveis, para estabelecer os limites do fato punível, dá-se a terceira categoria que é a assessoriedade de atos administrativos, ou normativo individual, na qual o tipo penal faz menção a atos administrativos proibitivos ou a permissões, licenças ou autorizações concedidas licitamente pela Administração Pública.

Em outras palavras, a plena realização do tipo de injusto apenas se produz quando o comportamento anunciado lesiona um ato proibitivo da autoridade administrativa ou não está coberto por uma permissão, licença ou autorização. Importante destacar que, para o autor, esse ato administrativo refere-se, inequivocamente, a apenas um agente, não possuindo caráter geral, além de determinar o âmbito do risco permitido, definindo os limites sociais aceitos³⁰¹. Esta forma de assessoriedade pode ser citada, por exemplo, as referências às autorizações, permissões especiais ou licenças, que funcionam como elementos negativos do tipo nas incriminações das atividades financeiras, no art. 64, Lei 9.605/98³⁰².

Esta forma de assessoriedade das incriminações se presta a uma estratégia estatal de proteção ao bem jurídico por meio do controle administrativo individual das condutas que intervêm ou conformam o contexto qualificado por tal bem. Assim, de acordo com o exemplo

²⁹⁹ MATA BARRANCO, Norberto de la. Ob. Cit, p78-79.

³⁰⁰ **Art. 34.** Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena – detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

³⁰¹ MATA BARRANCO, Norberto de la. Ob. Cit, p88-89.

³⁰² **Art. 64.** Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Penal – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

supracitado, o controle que se exerce sobre as intervenções arquitetônicas em áreas não edificadas é em nome da preservação do patrimônio cultural.

Contudo, essa forma de assessoria – de atos administrativos – seria ilegítima pro direito penal, conforme aponta alguns autores, por sacrificar direitos individuais fundamentais, como a liberdade, em nome da tutela das atividades administrativas, em geral de controle, que não são verdadeiros bens jurídicos, mas meras funções³⁰³. Embora, a intervenção penal aja como medida de proteção a bens jurídicos, a mesma não se justificaria apenas pela contrariedade entre uma conduta e a norma administrativa estabelecida para a proteção de um bem, mas também necessariamente pela contrariedade entre essa mesma conduta e o próprio bem que se manifesta como uma lesão, um perigo ao menos abstrato de lesão, ou uma fundada insegurança sobre a disposição coletiva do bem, em face da conduta.

Essa orientação é justamente a que caracteriza um modelo de relativa dependência do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo. Por esse modelo, harmoniza-se o Direito Penal Econômico com a normatização administrativa dos contextos qualificados pelos bens jurídicos coletivos e viabiliza-se uma proteção penal desses bens aberta à ponderação de interesses, a partir da qual se valoram as condutas que repercutem sobre bens jurídicos coletivos como o meio ambiente ou a ordem econômica.

No Brasil prevalece a classificação criada por Norberto J. de La Mata Barranco. A assessoriedade conceitual ocorreria quando um elemento do tipo penal remete a conceitos do Direito Administrativo; a assessoriedade de direito é quando há remissão a normas administrativas e a assessoriedade de atos nos casos em que o tipo penal remete a autorização, licença ou outro ato administrativo autorizador ou, ainda, a proibição ou interdição especificamente determinados³⁰⁴. Posto as principais classificações de conceituação de assessoriedade administrativa, deve-se adotar aquela que será o objeto da pesquisa para a análise do erro de proibição. Assim, segue-se a assessoriedade conceitual, a assessoriedade de direito (normativa geral) e a assessoriedade de ato (normativa individual).

³⁰³ Guilherme Gouvêa de Figueiredo identifica com frequência na legislação penal ambiental, tipos penais correspondentes a este modelo, e os denuncia criticamente, afirmando que “concretamente, grande parte dos ilícitos típicos que compõem o núcleo do direito penal do ambiente se resumiriam a ilícitos de ‘mera desobediência’, em dissintonia com o princípio da ofensividade e voltados para a proteção, não de autênticos bens jurídicos, mas da própria função administrativa de proteção do ambiente, enquanto instrumento político-institucional de ‘governo’ e contenção das atividades poluentes”. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCrim, 2008, p203-204.

³⁰⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental. Viabilidade. Efetividade. Tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p71-75; NAVES, José Paulo Micheletto. Ob. Cit, p54-55.

4.5. A relação do tipo penal e ilicitude na formação da tipicidade

Com a preocupação em entender a posição da antijuridicidade no tipo penal, seja como essência do crime, ou como elementos autônomos, diversos foram às soluções teóricas oferecidas pela dogmática jurídico-penal para explicar a existência da relação que existe entre o tipo e a ilicitude. Iniciou-se com Beling-Liszt no sistema clássico essa preocupação teórica, passou-se, depois pelos ensinamentos de Max Ernst Mayer com a teoria da *ratio cognoscendi* e, por fim, a teoria da *ratio essendi* criada por Edmund Mezger e Wilhelm Sauer, na qual, possuem maior relevância na relação dos elementos do tipo penal com a ilicitude.

Saliente-se que a teoria da independência de Beling e outra teoria surgida na Alemanha no século XIX por Adolf Merkel, conhecida como a teoria total do injusto (ou teoria dos elementos negativos do tipo ‘ilicitude sem autonomia’)³⁰⁵ que, por ora, não serão objeto de estudo, por razões de adoção do período dogmático do trabalho e que, a teoria total do injusto também se utiliza da mesma premissa da teoria da *ratio essendi*.

4.5.1. Teoria da *ratio cognoscendi* da ilicitude de Mayer

Primeiramente, para aprofundarmos nas teorias em diante e aprendermos sobre a deficiente função indiciadora da ilicitude nos tipos abertos, remetemos o leitor ao *item 4.4.2*, onde iniciamos falando sobre os elementos normativos, na qual, possui relevância para tratarmos sobre as teorias que passaremos a estudar a partir de agora.

A teoria da *ratio cognoscendi*³⁰⁶ ou ‘teoria da indiciabilidade’ foi desenvolvida por Mayer, esta teoria possui relação direta com o segundo movimento do sistema penal, que é o neokantismo, onde passou haver uma superação em relação ao período anterior (clássico), e a partir do neokantismo, mesmo que de forma excepcional, a ilicitude e o tipo se tornaram elementos complexos e, em determinada proporção, subjetivados. Recebendo conotações valorativas que os afastaram da concepção causalista de Beling.

Logo, na doutrina de Mayer é possível notar toda a crise do modelo teórico de delito construído sob a influência do positivismo naturalista. Pois, embora ele compartilhe de uma concepção naturalista de conduta, e compreenda o tipo como categoria anterior e essencialmente independente da ilicitude, o pensamento de Mayer é marcadamente

³⁰⁵ Partindo da mesma premissa da teoria da “*ratio essendi*”, todas as condutas típicas são ilícitas. No entanto, para essa teoria, as causas de exclusão da ilicitude integram a tipicidade. Assim, para um fato ser típico, não deve estar presente nenhuma causa de exclusão da ilicitude. Ex: se o agente mata alguém em legítima defesa não haveria sequer tipicidade.

³⁰⁶ A teoria indiciária ou *ratio cognoscendi* de Mayer é a concepção adotada pelo o Código Penal brasileiro.

influenciado pelo neokantismo sudociential alemão. Bem se verifica essa influência na sua conceituação material que faz da ilicitude com referência a essas normas³⁰⁷.

Não obstante, além de Mayer desenvolver a sua teoria, o mesmo também foi responsável por sistematizar os elementos normativos³⁰⁸ (conforme já explicado no item 4.4.2) no tipo penal, já em 1915, descaracterizando a neutralidade do tipo livre de valor. Interessante notar que ele defendia que o tipo era neutro carente de valor, com relação à antijuridicidade, sendo a tipicidade apenas indício desta. A tipicidade era apenas a “*ratio cognoscendi*” da antijuridicidade. Contudo, ele identificava em alguns tipos penais elementos que não possuem um mero caráter indiciário da antijuridicidade, mas que constituem componentes ou partes integrantes do próprio tipo legal. Sendo assim, caracterizou esses elementos como impróprios do tipo, afirmando que eles se comparavam a um grampo fixado com um extremo no tipo legal e com outro na antijuridicidade³⁰⁹.

Quanto ao tipo penal, algumas mudanças foram feitas, o seu conceito foi todo reformulado, o conceito que era puramente descritivo já não possuía mais aceitação pacífica, valorações foram acrescentadas, mesmo que de forma excepcional, e com a elaboração teórica dos elementos normativos e, principalmente, dos elementos subjetivos do injusto penal, o tipo passou a conter valorações antes não existentes. Diante dessa nova situação, passou-se a verificar que a separação entre esse elemento do crime (tipo) e a ilicitude não era total. Essas parcelas do injusto penal se inter-relacionavam, em alguma medida³¹⁰.

Mayer entendia que através de uma compreensão valorativa das categorias do delito, o tipo legal não era simplesmente descritivo. Sua função estava além da mera apresentação

³⁰⁷ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: Uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da UFMG. Minas Gerais, 2012, p24.

³⁰⁸ Por sua significação. Mayer vislumbra nos elementos normativos uma peculiar antecipação, na verificação da tipicidade, de valorações jurídicas que, segundo a concepção tradicional de delito também por ele cultivada neste ponto, não seriam próprias desse juízo, mas reservadas ao juízo autônomo de ilicitude. A partir dessa característica, Mayer distingue os elementos normativos dos demais elementos dos tipos legais de crime como se fossem verdadeiras degenerações do sistema. Pois, para Mayer, enquanto os elementos em geral do tipo, tomados em conjunto, não conformam mais que um indício da ilicitude do comportamento por eles descrito, os elementos normativos individualmente, por sua referência ao direito não só apontam como fundamentam essa ilicitude. Os elementos normativos não compõem a *ratio cognoscendi* da ilicitude, mas são sua *ratio essendi* e, portanto, pertencem à ilicitude mesma, como sua essência. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: Uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da UFMG. Minas Gerais, 2012, p28; MAYER, Max Ernst. Derecho penal: parte general, p228-229.

³⁰⁹ SILVA, Robson Antônio Galvão da. O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico. Dissertação de Mestrado, 2009, 229 páginas. Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p20; MAYER, Max Ernst. Der Allgemeine Teil des Deutschen Stfrechts. Heidelberg, 1915, p182. Citado por DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. Madrid: La Ley, p41.

³¹⁰ LOPES, Luciano Santos. Ob. Cit, p116-117.

fática, e abstrata, de uma conduta proibida (ação ou omissão). Continha, também, valorações da proibição descrita. “A separação dos três pressupostos da pena é a base para a construção da teoria do crime, mas na divisão a conexão não deve ser negligenciada: os tipos jurídicos são os fundamentos do reconhecimento da ilegalidade”³¹¹. Portanto, existindo tipicidade haveria indício de ilicitude, e Juarez Tavares aponta os méritos sobre a teoria:

O trunfo dessa concepção não está em atribuir ao tipo o caráter indiciário da antijuridicidade, mas sim, de com isso abrir a possibilidade de um enfoque sistêmico das causas de justificação, onde o tipo e causas de justificação se contrapunham através do binômio regra/exceção³¹².

Na ilicitude, definitivamente se consolidou um conceito material, agregou-se, ao seu conceito formal, a necessidade de ofensa à bem jurídico tutelado. E para fundamentar sua teoria acerca da ilicitude, Mayer se apoia no argumento das normas de cultura, definindo-a como “o cultivo de um interesse comum e da situação resultante, situação que está matizada com um acento de valor”. Como cultivo de interesses sociais, a cultura exerce um poder crítico que separa e ordena valores segundo o caminho e as finalidades coletivamente perseguidas. Dentre os objetos dessa crítica cultural está a conduta humana, que pelo prisma da cultura é classificada e avaliada como conduta social, adequada aos interesses comuns, ou conduta antissocial, contrária a esses interesses. O padrão dessa crítica à conduta humana corresponde, segundo Mayer, justamente à norma de cultura, à qual ele se refere como ‘forma pela qual a cultura ou a sociedade estabelece suas exigências de comportamento dentro da comunidade’. Nesse conceito, Mayer abarca as normas da religião, as normas da moral e dos costumes e, naturalmente, as normas do direito³¹³.

Em relação às normas do direito (ou normas jurídicas), Mayer vai dizer que não são normas quaisquer. As normas jurídicas são o produto de mais um filtro crítico, dessa vez exercida sobre as próprias normas de cultura pelo Estado, que por meio de suas leis reconhece algumas e rechaça outras. As normas jurídicas são, então, aquelas normas de cultura reconhecidas pelo Estado e que se prestam como padrão específico para distinguir as condutas jurídicas das contrárias ao direito³¹⁴. Compreendendo as normas jurídicas como espécies de

³¹¹ “La separación de los três presupuestos de la pena es la base para la construcción de la teoría del delito, pero sobre la división no debe descuidarse la conexión: los tipos legales son fundamentos del reconocimiento de la antijuridicidade”. (Trecho original). LOPES, Luciano Santos. Ob. Cit, p117; MAYER, Max Ernst. Derecho penal: parte general, p227.

³¹² TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p150-151.

³¹³ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: Uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da UFMG. Minas Gerais, 2012, p24; MAYER, Max Ernst. Filosofía del Derecho. Traducción de la 2ª edición original por Luis Legaz Lacamba. Barcelona: Editorial Labor, 1937, p79-80.

³¹⁴ Ibidem, p24-25.

normas de cultura, que das demais se distinguem apenas por terem sido reconhecidas pelo Estado, por meio das leis, Mayer define ilicitude como contrariedade a essas normas.

Dessa forma, é correto dizer que Mayer considerou que os tipos legais são fundamentos de cognição pelos quais as normas de cultura conseguem se tornar jurídicas e, portanto, determinar o conteúdo de ilicitude das condutas. E por seu conceito material de ilicitude, Mayer já se distingue de Beling, nas quais esse requisito do crime é definido apenas formalmente, como contradição entre o direito posto e uma determinada modificação voluntária do mundo exterior e, portanto, sem qualquer referência aos valores ou interesses que estariam a determinar essa contradição³¹⁵. Logo, os tipos penais são moldados a partir dessas normas, funcionando agora usando as expressões de Mayer, como *ratio cognoscendi* das normas de cultura, e representariam indícios daquelas condutas que se praticam contra o direito.

Conclui-se que, com a teoria da *ratio cognoscendi*, superou-se a noção de tipo penal meramente descritivo (de Beling). No entanto, embora, Mayer tenha contribuído para a estrutura típica, a partir da sua concepção valorativa, o autor entendia que os denominados elementos normativos do tipo eram propriamente a *ratio essendi* da ilicitude (conforme está na nota de rodapé 390), assim, por ocasião do uso de tais elementos nas tipificações de condutas, não se pode sustentar a utilização da teoria da *ratio cognoscendi*. A teoria de Mayer começa a sofrer críticas por inviabilizar sua adoção como fundamento adequado da relação entre tipo e ilicitude, da qual, serão tragas pela doutrina.

Uma crítica a ser abordada é que a teoria da *ratio cognoscendi* não consegue exercer adequadamente sua função indiciadora da ilicitude em tipos abertos. Welzel, na sua obra, verifica que os tipos elaborados com elementos abertos à interpretação do operador não têm valorações suficientes em si mesmos para indiciar a ilicitude, nos moldes propostos por Mayer. Assim, nos tipos abertos, a ilicitude não é verificada apenas pela ausência de uma causa de justificação. As características materiais do tipo penal não indiciam a ilicitude, apenas fundamentam uma relação do agente com um dever jurídico devido (por exemplo, a posição de garantidor). Nestes casos, a ilicitude é percebida através de uma análise positiva e independente do desvalor jurídico³¹⁶.

Figueiredo Dias tem o mesmo argumento apresentado por Welzel ao falar do dever jurídico devido:

³¹⁵ Ibidem, p25.

³¹⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal aleman: parte general, p88.

Welzel chamou no entanto a atenção para a existência de certos elementos – tradicionalmente considerados elementos normativos do tipo e não contendo só uma menção redundante da ilicitude – que não serviriam para descrever a conduta, mas sim para caracterizar o especial dever jurídico que incumbe a quem preenche o tipo, pelo que já não pertenceriam a este mas seriam momentos constitutivos da própria ilicitude: as características do dever jurídico ou – como hoje prefere chamar-lhes, aproximando-se da designação corrente na Itália – características especiais da ilicitude³¹⁷.

Certo é que, nos tipos abertos, a descrição do objeto da proibição é insuficiente para se relacionar com a ilicitude. Esse conteúdo proibitivo do tipo, por diversas vezes, somente é verificado com a interpretação da sua parte aberta, pelo operador jurídico. Nessas oportunidades, a teoria da *ratio cognoscendi* perde sua capacidade de determinar o tipo legal como indiciador da ilicitude. Constata-se que, nos tipos abertos, o conteúdo da proibição precisa ser verificado fora da estrutura típica³¹⁸.

Conforme exposto, os elementos normativos são parcelas típicas que exigem uma especial valoração do intérprete para que seja obtido seu sentido pleno. A verificação de seu significado está fora do tipo objetivo e depende da valoração que é conferida a essas parcelas típicas. Por fim, as complementações que fornecem sentido aos elementos normativos encontram-se em normas culturais, sociais, morais ou mesmo jurídicas (de vários ramos do Direito)³¹⁹. Assim, essa valoração, constituída pelos elementos normativos, encontra-se afastada da figura típica, constituindo-se uma ‘pura regra da ilicitude’.

Em resumo, os elementos normativos são unicamente partes integrantes do tipo penal. Essa parcela do injusto (o tipo) deve ser valorada, o que não significa excepcionalidade. Certo é que, nos tipos abertos (culposos, omissivos e, também, naqueles compostos por elementos normativos condicionantes da ilicitude), a teoria da *ratio cognoscendi* não consegue cumprir adequadamente sua função de ligação entre as duas parcelas do injusto (tipo e ilicitude).

4.5.2. Teoria da *ratio essendi* da ilicitude de Mezger

A fase do neokantismo, como já se sabe, foi um campo fértil para o desenvolvimento de várias teorias conferindo à introdução do juízo de valor na conduta dos tipos penais e, juntamente nesse período, surgiu a teoria da *ratio essendi* ou ‘teoria da absoluta dependência’ que foi desenvolvida por Edmund Mezger e Wilhelm Sauer. Em resumo, Mezger sustentava que os elementos descritivos são aqueles que reproduzem determinados dados ou processos corporais ou anímicos, que são verificados de modo cognitivo. Já os normativos, são todos os

³¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal, p472.

³¹⁸ LOPES, Luciano Santos. Ob. Cit, p122-123.

³¹⁹ Ibidem, p123-124.

elementos cuja ocorrência pressupõe uma valoração dos fatos³²⁰. Assim, para Mezger, o autor de um fato típico deve realizar uma valoração. E ao discorrerem sobre os elementos normativos do tipo passou a entender a existência de uma ilicitude penal diversa da geral, podendo haver uma conduta justificada para o Direito Penal, mas antijurídica para outro ramo do direito³²¹.

Agora, partindo da crítica à função típica meramente indiciadora da ilicitude (*ratio cognoscendi*), tal doutrina compreende que a relação entre essas duas categorias é mais intensa. Quer-se demonstrar aquilo que efetivamente diferencia as duas teorias citadas. Assim, o tipo, mesmo antes da predicação jurídica da ilicitude, constitui já uma unidade de sentido social desvaliosa e, portanto, um ‘ilícito material’, sendo aquela predicação uma pura consequência formal deste ilícito material³²². Mezger se expressa demonstrando seu raciocínio: “O típico jurídico-criminal que descreve tal ato típico tem, portanto, o maior significado para a existência da ilegalidade da ação criminalmente relevante: é o fundamento real e válido (*ratio essendi*) da ilegalidade”³²³.

A teoria da *ratio essendi* promoveu o afastamento do conceito típico meramente formal. A essência valorativa da tipicidade é determinada pela carga de ilicitude material que ali se encontra. Pode-se afirmar, inclusive, que o conceito de ilicitude material baseia-se nessa relação existente com o tipo penal. Logo, somente faz sentido sustentar a sua existência em face de uma lesão/ameaça de lesão a bem jurídico-penal se o tipo for expressão (descritiva e

³²⁰ Para Mezger, as atribuições de sentido são usadas para distinguir os ‘puros elementos normativos’ dos elementos descritivos e, ainda, de uma classe intermediária à qual ele se refere como a dos ‘elementos do juízo cognitivo’. Segundo o próprio autor, “de pura índole normativa são os elementos nos quais o juiz há de captar-lhes o verdadeiro sentido nos delitos de exteriorização (injúria, perjúrio, ameaça, etc.)”. Pois bem, pela mesma razão limitadora do poder punitivo com a qual justifica destacar os elementos descritivos, Mezger julga absolutamente necessário indicar o ‘valor a valorizar’ por cada um dos elementos normativos do tipo, em vez de esconder essas valorações por trás de figuras “criptonormativas”. Assim, tendo em vista a natureza das valorações que demandam, ou o âmbito normativo que lhes servem de parâmetro, Mezger classifica os elementos normativos como de valoração jurídica, de valoração cultural, e ainda de valoração quantitativa.

Entre os elementos normativos “com valoração jurídica”, cita o caráter ‘alheio’ da coisa, os conceitos de direito mercantil, as referências a ‘tutor’, ‘funcionário’, em diversos tipos legais de delito previsto à época no Código Penal alemão (StGB). Entre os elementos normativos “com valoração cultural”, cita-se a ação ‘impudica’ e as referências à ‘honestidade’, na antiga redação que tinham os crimes sexuais no StGB. Finalmente, como exemplo dos elementos que demandam do juiz uma “valoração quantitativa”, em função da qual seriam também considerados normativos, Mezger cita o caráter crônico de uma doença, que caracterizava uma das modalidades de lesão corporal grave no § 226 do StGB. MEZGER, Edmund. Tratado de derecho penale aleman, p389-390.

³²¹ BITENCOURT, César Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa, p30.

³²² DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema da consciência da ilicitude em direito penal, p92.

³²³ MEZGER, Edmund. Ob. Cit, p376.

valorativa) dessa ofensa proibida pela ordem jurídica. É importante, portanto, que exista alguma relação valorativa entre as duas citadas categorias do injusto penal³²⁴.

Além disso, o autor definiu em sua estrutura da teoria geral do delito, o conceito de tipo de injusto. Trata-se de conceituar um injusto tipificado. Houve, na formulação da teoria da *ratio essendi*, uma especial preocupação em se determinar de forma bem delimitada a relação existente entre o tipo e a ilicitude³²⁵. A ilicitude assume uma posição central no conceito de injusto, dá-se o ponto de partida de qualquer construção típica que se deseja elaborar no Direito Penal e, os tipos penais devem buscar seus fundamentos valorativos nessa categoria definidora das proibições do ordenamento jurídico³²⁶. Adverte-se, entretanto, que Mezger não busca criar um conceito de ilicitude especial, dissociada do conceito geral que já é adotado pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o autor traz seu posicionamento:

O específico injusto típico do Direito Penal nada tem a ver com a tese, que as vezes aparece na bibliografia, de uma ilegalidade penal especial. Tal concepção deve ser rejeitada de todo. Segundo ele, a ‘amada unidade da ilegalidade’ na esfera total das diferentes disciplinas jurídicas é uma ficção, pois tal unidade não existe segundo uma consideração teleológica. O que é injusto em uma disciplina jurídica não necessariamente é em outra e vice-versa. Mas essa suposição de apenas ilegalidade criminal contradiz a própria natureza do Direito como organização unitária da vida. A natureza penal-jurídica não é, portanto, uma injusta circunscrita ao âmbito especial do direito punitivo, mas uma injusta especialmente delimitada e com consequências jurídicas especiais, que tanto no âmbito como no âmbito do Direito Penal representa uma contradição com ele³²⁷. **(Tradução nossa)**.

Contudo, Bitencourt ao abordar a teoria acaba por ter uma concepção diferente, entendendo-se que a adoção da teoria da *ratio essendi* exige a determinação de um ilícito especial. Como se pode ver:

³²⁴ Há a seguinte conclusão, acerca das características da *ratio essendi*: “afirmação cujo mérito, para nós, não está tanto, mas, sobretudo no pleno reconhecimento de que a tipicidade não pode ser afirmada ou negada independente da valoração de ilicitude e de que, portanto, essa se não deixa, relativamente à concepção daquele ou, por outras palavras, no pleno reconhecimento de que, em perspectiva normativo-material e metodológica, o tipo não ‘precede’ (como Beling) a ilicitude, mas constitui um posterius relativamente a ela, ‘mostra a ilicitude em regra existente’ (Hegler), e tipicização da ilicitude (Sauer), é o ‘interposto da valoração jurídico-criminal’ (Eduardo Correia)”. DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema da consciência da ilicitude em direito penal, p87-88.

³²⁵ No tipo de injusto concebido por Mezger, existem também os seus elementos subjetivos. Como bem explica: “O que decide nem sempre é a direção externa em direção a um resultado externo, mas ‘a direção dada pelo autor ao resultado’. Aqui, um ‘elemento subjetivo’ é adicionado, por meio da vontade do autor. Com efeito, ‘para declarar a ilegalidade de uma conduta humana, o legislador tem duas possibilidades. A regra pode referir-se exclusivamente ao evento externo e proibir uma conduta causal com relação a um resultado ou ser baseada na vontade do autor e punir uma conduta direcionada ao resultado” **(Tradução nossa)**. MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general, p137.

³²⁶ SAUER, Guillermo. Derecho penal: parte general. Traducción directa del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956, p96; LOPES, Luciano Santos. Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude, p176.

³²⁷ MEZGER, Edmund. Tratado de derecho penale aleman, p374-375.

A referida teoria pressupõe a existência de uma antijuridicidade penal distinta da antijuridicidade geral, absolutamente inadmissível no atual estágio da dogmática penal. Com efeito, se a antijuridicidade realmente dependesse da tipicidade, o legislador, ao tipificar uma conduta, criaria para ela uma antijuridicidade especificamente penal, diferente da antijuridicidade geral, o que possibilitaria que uma conduta pudesse estar justificada para o Direito Penal e continuasse sendo antijurídica para outro ramo do ordenamento jurídico. Outro inconveniente da postura de Mezger refere-se à função constitutiva da tipicidade que perde sua razão de ser. Isto é, deixa de ter sentido a função de seleção do âmbito do punível pelo Direito Penal em relação a determinadas condutas que já eram consideradas ilícitas antes de o legislador criminalizá-las. Por exemplo, a sonegação de impostos já constituía conduta ilícita, antes da vigência das leis n. 4.729/65 e 8.137/90, sujeita a sanções administrativas-fiscais. Segundo a doutrina de Mezger, a tipificação criminal dessa conduta pelas referidas leis seria, agora, constitutivas de sua antijuridicidade especificamente penal. Ora, como a sonegação já era considerada antijurídica antes de sua tipificação, isso significaria que a antijuridicidade penal constituída pelo tipo é diferente da antijuridicidade geral, que antes se lhe reconhecia³²⁸.

Luciano Lopes remonta um equívoco na análise feita por Bitencourt. Primeiramente, verificam-se as próprias manifestações em contrário de Mezger, rechaçando a existência de uma ilicitude específica. Além disso, exige-se que a interpretação do momento da elaboração legislativa do tipo legal, na concepção da *ratio essendi*, deve ser outra, diversa daquela apresentada na crítica acima. O legislador, ao criminalizar condutas em tipos legais, inverte a ordem de pensamento e, mentalmente, analisa o bem jurídico a ser protegido antes de descrever as ações/omissões que irão lesar/ameaçar esse valor tutelado. Assim, é certo que o legislador verifica a ilicitude material da conduta que deseja proibir/ordenar e somente depois a tipifica³²⁹.

Ao se elaborar abstratamente o tipo legal, já se confirmou, provisória e anteriormente, o conteúdo proibitivo (ilícito) da conduta, em relação à totalidade da ordem jurídica. Conclui-se que os tipos contêm carga de valoração negativa (desvalor). É a própria manifestação da ilicitude, geral a todo o ordenamento jurídico. Esta é, em tese, a essência do pensamento de Mezger³³⁰. Assim, a tipicidade depende da ilicitude (antijuridicidade, nos termos do autor) e, a partir daí, serão tipificadas condutas que tenham sua carga proibitiva previamente verificada e compreender valorativamente a intervenção punitiva estatal, definida e organizada através da elaboração de tipos legais que sejam expressão da proibição definida pelo conteúdo de ilicitude inerente ao ordenamento jurídico como um todo.

O papel do tipo penal, enquanto razão de ser da ilicitude, apenas faz com que esta última, determinada pela totalidade da ordem jurídica, seja utilizada na esfera penal. A elaboração do tipo legal, dotado de prévia valoração do caráter ilícito da conduta a ser

³²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, p764-765.

³²⁹ LOPES, Luciano Santos. Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude, p177.

³³⁰ Ibidem, p177-178.

tipificada, faz com que tal carga valorativa, que é geral a todo o ordenamento, seja também analisada para efeitos de punição penal. O ingresso da ilicitude (geral) na seara penal faz-se diante da magnitude e da gravidade da lesão/ameaça aos bens jurídico-penais tutelados. Por isso, se afirma que, o tipo é a razão de a ilicitude (geral) ter função proibitiva no âmbito da punição penal. Para isso acontecer, é necessário que haja uma figura típica abstrata, em virtude de este ramo do Direito operar somente com respeito ao princípio da legalidade³³¹.

Nesse ponto, faz-se um importante adendo com a teoria da *ratio essendi* que, havendo a compreensão da carga valorativa do tipo legal, é de se compreender, agora, que essa corrente teórica mantém a tripartição do conceito de crime: fato típico, ilícito e culpável. Não havendo qualquer fusão entre o tipo e a ilicitude, caracterizando um tipo total do injusto (como bem menciono no item 4.5, que a teoria total do injusto se utiliza da mesma premissa que a teoria de Mezger). Essa observação é pertinente porque tal conclusão não foi pacificamente aceita, havendo interpretações diferentes da posição de Mezger.

Na visão de Welzel, a teoria trouxe a fusão dos institutos (tipo e ilicitude), conforme se vê:

Por outro lado, a estrutura bímembre do crime de Sauer e Mezger, que mescla criminalidade e ilegalidade, não é correta. O tipo é, segundo ela a ilegalidade ‘tipificada’ (...). Tipo e ilegalidade, realização do tipo e injusta, elemento do tipo e elemento da ilegalidade são respectivamente, idênticos. O tipo não cobre mais do que ilegalidade; há apenas uma realização ilegal do tipo e toda realização ilegal do tipo e toda realização do tipo é ilegal; as causas da justificação são circunstâncias negativas desse tipo. (Tradução nossa)³³².

No Brasil, temos autores que entendem que Mezger também teria feito a união entre o tipo e a ilicitude. Destaca-se Cláudio Brandão que diz:

Uma terceira fase da evolução da tipicidade surge com a chamada teoria dos elementos negativos do tipo. Para essa teoria, defendida por Edmund Mezger, a relação entre tipicidade e antijuridicidade é uma relação de essência. O tipo é a antijuridicidade positivada e está impregnado de juízo de valor, podendo-se dizer que ele é o portador da valorização jurídico-penal que separa o Direito do injusto. Quando se exclui a antijuridicidade, exclui-se a própria tipicidade³³³.

Por outro lado, Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina têm outra interpretação na relação entre tipo e ilicitude. Ao mesmo tempo, distingue as duas vertentes da *ratio essendi*: tipo de injusto e os elementos negativos do tipo. Para os dois, em ambas as concepções, não há uma distinção entre tipicidade e ilicitude. A diferença entre as correntes é que, no tipo de injusto, a tipicidade perde sua autonomia para a ilicitude, estando inserida dentro de seu conceito. Ao contrário, na teoria dos elementos negativos do tipo, é a

³³¹ Ibidem, p178-179.

³³² WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal, p80.

³³³ BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral, p148-149.

antijuridicidade que se incorpora à tipicidade (as causas de exclusão da antijuridicidade seriam requisitos negativos do tipo)³³⁴.

Entretanto, como adverte Luciano Lopes, não deve prosperar nenhuma dessas interpretações acerca da vertente da teoria da *ratio essendi*. Há sólidos argumentos, apresentados pelos próprios autores e por seus intérpretes, que claramente determinam a independência dos dois conceitos (tipo e ilicitude). Não houve a intenção da união do tipo e da ilicitude em uma categoria conceitual única. As opiniões de união entre os institutos são oriundas da localização da apresentação dos referidos institutos dogmáticos, nas obras jurídicas de Mezger e Sauer. Eles discutem as questões do tipo no espaço destinado à apresentação da ilicitude. Não poderia ser de outra forma, considerado que os autores posicionam a ilicitude no centro da teoria do crime, determinando a existência de uma antijuridicidade tipificada³³⁵.

Mezger, ainda, pontua em sua obra:

A ilegalidade não é, como vimos, uma característica do tipo, portanto, nem positiva nem negativa. Ora: não é indiferente que a ilicitude seja designada como pressuposto positivo da pena ou que, por outro lado, a sua ausência seja considerada como pressuposto negativo, porque de fato, a coisa é a mesma³³⁶. (**Tradução nossa**).

Diante disso, Mezger também sustenta que a ilicitude faz parte do crime como pressuposto para a pena e, o tipo ao qual o autor menciona, é sinônimo do delito como um todo. Restando, por ora, a partir da obra do autor, que seu enfoque não era pela união dos institutos (tipo e ilicitude). O que acontece, é que a ilicitude precede ao tipo legal e valora-o previamente como conteúdo proibitivo do ordenamento jurídico. Nesse sentido:

Em primeiro lugar, o tipo aparece, no sentido da teoria geral do Direito, como o conjunto de todos os pressupostos a cuja existência está ligada uma consequência jurídica. No Direito Pena, dita consequência jurídica é a pena e, portanto, esse conceito de tipo significaria que ‘tipo’ é o crime como um todo³³⁷. (Tradução nossa).

³³⁴ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. Direito Penal: parte geral. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p239; LOPES, Luciano Santos. Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude, p180.

³³⁵ Na obra de Mezger, em seu tratado de Derecho Penal, tomo I, a discussão do tipo vem situada na segunda parte da obra: (teoria do delito), seção segunda (La antijuridicidade), alínea ‘b’ (La antijuridicidad como injusto típico);

Na obra de Sauer, em Derecho Penal: parte general, Sauer discute as questões referentes ao tipo penal no capítulo III (El delito como injusto), §14 (tipicidade), no §13 desse capítulo está analisada a ilicitude (la esencia del injusto). Após, o capítulo IV apresenta El delito como culpabilidad. Verifica-se que o autor realiza um estudo unificado da teoria do injusto penal, e posteriormente um da culpabilidad. LOPES, Luciano Santos. Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude, p181.

³³⁶ MEZGER, Edmund. Tratado de derecho penale aleman, p378.

³³⁷ Ibidem, p365.

Sauer também reconhece as variadas utilizações da expressão ‘tipo’ no Direito Penal (sentindo amplo e restrito). Todavia, é o uso no sentido estrito da palavra que expressa exatamente a figura autônoma definidora das condutas provisoriamente valoradas com a proibição da ilicitude (que é a essência do delito). Uma causa de

Mediante o exposto, as causas de justificação presentes no ordenamento jurídico não excluem a tipicidade, mas sim, a ilicitude, e partindo do pressuposto que a teoria da *ratio essendi* mantém a tripartição do crime (fato típico, ilícito e culpável), a explicação é pela estrita aplicação no âmbito da ilicitude, logo, um fato justificado continuaria sendo típico para a vertente da teoria da *ratio essendi*. Pode-se concluir vindo na obra de Mezger: “O comportamento típico fundamenta, em geral, a ilegalidade do fato. Porém, uma ação típica nem sempre é ilegal. Não é, se houver uma causa para a exclusão dos injustos”³³⁸. **(Tradução nossa)**.

Trazendo uma interpretação parecida, está a de Francisco de Assis Toledo, que, por sua vez, compreende que Mezger não concordava com o tipo total: “a tipicidade e a ilicitude implicam-se, numa relação indissolúvel no interior do injusto, mas conceitualmente não se confundem”³³⁹. Inclusive, o autor adota esta definição na teoria da *ratio essendi* para ele, o tipo legal tem um conteúdo valorativo, determinando o conteúdo proibitivo da norma. Não é um simples indicador da ilicitude, que não é definitivo, e que pode ceder diante de uma causa de justificação. Haverá, neste caso, a exclusão da ilicitude, sem afetar a tipicidade.

Juarez Cirino dos Santos já traz uma orientação da teoria sob o aspecto de conceito analítico do delito.

A relação entre antijuridicidade e tipicidade depende da natureza bipartida ou tripartida no conceito de fato punível: na concepção bipartida de fato punível, tipicidade e antijuridicidade representam uma unidade conceitual, em que o tipo reúne os elementos positivos e as justificações os elementos negativos do tipo de injusto; na concepção tripartida de fato punível, tipicidade e antijuridicidade são conceitos autônomos no âmbito do tipo de injusto e, portanto, a relação funciona como regra e exceção: se a tipicidade da ação indica a antijuridicidade e as causas de justificação excluem a antijuridicidade, então toda ação típica é antijurídica, exceto as ações típicas justificadas. Em regra, o legislador descreve nos tipos legais ações realizadas ou omitidas contrárias ao direito, ou seja, ações ou omissões de ação antijurídicas, excepcionalmente permitidas nas situações concretas denominadas justificações, como a legítima defesa, o estado de necessidade etc. Logo, a tipicidade não seria simples *ratio cognoscendi*, mas a própria *ratio essendi* da antijuridicidade³⁴⁰.

Conclui-se que, tal como na doutrina da *ratio cognoscendi* (Mayer), nesta vertente da teoria da *ratio essendi* permanece a ideia da regra-exceção na relação existente entre o tipo e a ilicitude. Quem age tipicamente também atua ilicitamente, desde que não exista causa que justifique a ação, e que exclua o injusto (pela exclusão da ilicitude não do tipo). Pensa-se, como o processo legislativo de criação do tipo legal pressupõe a anterior verificação da

justificação retira essa essência valorativa, excluindo a ilicitude, mas mantendo a figura típica. Por isso, ele não é adepto da teoria do tipo total.

³³⁸ MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general, p159.

³³⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, p124.

³⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral, p217-218.

ilicitude da conduta a ser tipificada, determinada pelo sentido de proibição inerente à integralidade do ordenamento jurídico como um todo. Após, no caso concreto, exclui-se a ilicitude dessa conduta tipificada, quando for realizada com o amparo de uma causa de justificação³⁴¹.

Veja-se que há uma incoerência deste raciocínio dogmático, baseado na regra-exceção. Tipifica-se uma conduta, dando-lhe sentido (provisório) de proibição, em virtude do caráter de ilicitude que determina a necessidade de elaboração legislativa do tipo legal. Após, com a concretização da conduta (ação ou omissão) que se amolda a esse tipo legal, opera-se a sua tipicidade e exclui-se a ilicitude com o amparo da justificação. Logo, a provisoriedade da ilicitude no tipo legal ficaria sem sentido algum³⁴².

Apesar da elaboração legislativa do tipo legal exigir uma adequada valoração de proibição por ofender um bem jurídico, o tipo carrega consigo o conteúdo da ilicitude que merece a tutela do Direito Penal. Todavia, essa teoria não prosperou, pois, como Zaffaroni e Pierangeli dissertam que há um erro na doutrina que tenha estas características: alegar que há o tipo de injusto dotado de ilicitude e, depois, excluir esta mesma ilicitude em uma causa de justificação. Tal teoria formaria um conceito tripartido de crime apenas aparente, no qual a ilicitude se dividiria em duas partes (uma no tipo e outra isolada, verificada com as causas de justificação)³⁴³.

Os estudos destas teorias que reconhecem no tipo penal apenas um indício de ilicitude, seja a *ratio cognoscendi* ou *ratio essendi*, e que usam um critério tripartido de crime não resolvem adequadamente a questão do erro. Por isso, passar pelo estudo da dogmática dos institutos é necessário para entender, a partir de então, como o instituto do erro vem sendo tratado.

4.6. Classificação da antijuridicidade

O aspecto histórico da antijuridicidade já foi tratado neste capítulo, conforme se vê no item 4.1. Nesta parte do trabalho se debruçara sobre as classificações da antijuridicidade, afim de que, o tema possui pertinência com o trabalho por conter uma íntima relação com o erro de proibição, principalmente quando se remete às remissões normativas penais econômicas.

³⁴¹ LOPES, Luciano Santos. Ob, Cit, p187.

³⁴² Ibidem, p188.

³⁴³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, p146.

4.6.1 A antijuridicidade formal e material

Inicialmente, verificamos que somente há sentido em se falar de antijuridicidade (ilicitude), no Direito Penal, quando já constatada a existência de um fato típico, bem como que somente sobre o injusto penal, vale dizer, sobre o fato típico e antijurídico, recai um juízo de reprovação (culpabilidade). Como sabemos, o código penal brasileiro adota em seu conceito analítico o modelo tripartido de delito: fato típico, ilicitude e culpabilidade. E, que por vezes, embora, seja um modelo abstrato e intelectual do delito, às vezes afigura-se tarefa complexa distinguir os limites entre tipicidade e antijuridicidade, sendo possível encontrar com alguma frequência, no tipo penal, referências expressas à ilicitude, os denominados elementos normativos referentes à ilicitude. Além disso, há hipóteses nas quais dificilmente haverá espaço para determinadas causas de justificação, pois o próprio juízo de tipicidade se incumbirá da afirmação da sua ilicitude³⁴⁴.

No âmbito da antijuridicidade deve-se a Franz von Liszt o papel de destaque a evolução do instituto e, conseqüentemente a partição da antijuridicidade nas dimensões formal e material. O aspecto formal da antijuridicidade representa a contradição entre o comportamento do agente e a norma penal, ou seja, a proibição ou comando estabelecido pela norma jurídica. Para Liszt, a forma da antijuridicidade tem como referência o comando legal. Logo, a conceituação da consciência da antijuridicidade formal divulga que ela se perfaz quando há o conhecimento da norma jurídica que atribui ao fato o caráter de antijurídico.

Jescheck explica do seguinte modo a conceituação da antijuridicidade:

Para a proteção da convivência da pessoa na comunidade o legislador estabelece normas de comportamento vinculantes que se denominam normas jurídicas. Estas últimas ou prescrevem um fazer positivo que afeta valores dignos de promoção ou proíbem um comportamento lesivo de algum deles; as normas jurídicas consistem, pois, em mandamentos ou proibições. De acordo com isso, a essência da antijuridicidade se divide em que uma conduta infringe um dever de ação ou omissão contido em uma norma jurídica. Esse aspecto é denominado antijuridicidade formal. Uma ação é antijurídica em um sentido material quando se atém ao menoscabo do bem jurídico protegido pela norma correspondente³⁴⁵.
(Tradução nossa).

Da mesma forma, a consciência da antijuridicidade formal exige, para o seu perfazimento, o prévio conhecimento da norma, que dá à conduta o caráter de ilícito, por exemplo, o sujeito só terá consciência da sua conduta ilícita, se conhecer os crimes tipificados no ordenamento jurídico brasileiro.

³⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, p294.

³⁴⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. parte general. 5 ed. Granada: Comares, 2002, p250.

Deste modo, na concepção de Liszt que diz:

O sentimento do autor de que seu ato ataca, ferindo ou pondo em perigo os interesses juridicamente protegidos, seja de um indivíduo, seja da comunidade, (...) requer o consentimento do autor de que seu ato se enquadra na definição de um ato punível (...). Pertence, por conseguinte, fraudar não só o conhecimento de todas as circunstâncias do fato concreto, senão o conhecimento de que estas circunstâncias do fato pertencem à definição legal do ato³⁴⁶. **(Tradução nossa)**.

Então, como a consciência da antijuridicidade é à base de reprovação da culpabilidade criminal, esse critério deve ser afastado. Pois, a presunção de conhecimento da lei é uma das maiores mentiras do ordenamento jurídico. Ou seja, nem mesmo os operadores do direito são capazes de conhecer todas as leis vigentes no Direito Brasileiro, por mais que estudam as tais, quem dirá um leigo do Direito. Portanto, a consciência da antijuridicidade não pode se basear nela³⁴⁷.

Já o aspecto material da antijuridicidade baseia-se numa concepção material do injusto, ou seja, exige-se o conhecimento da antissociabilidade da injustiça e da imoralidade de uma conduta. Luiz Regis Prado trata a antijuridicidade como “a contrariedade de um fato típico à totalidade do ordenamento jurídico, sendo analisada sempre sob a perspectiva negativa. A realização de toda ação prevista em um tipo de injusto de ação doloso ou culposo será antijurídica, enquanto não concorrer uma causa de justificação”³⁴⁸. Logo, a ideia de antijuridicidade material é identificada como o comportamento socialmente danoso.

A alusão à contrariedade entre conduta e ordem jurídica, de um lado, e à lesão ao bem jurídico penalmente tutelado efetivamente enseja importante distinção entre a antijuridicidade formal e material. E o aparecimento do instituto é recorrente na literatura, ora assumindo feições metajurídicas ou supraleais ancoradas em subjetivismo formal e sociológico.

Nas definições trazidas pela doutrina temos Jescheck, que segundo o autor, a antijuridicidade material é a transgressão da norma que causa lesão à bem jurídico protegido. Isto é, é a conduta típica não justificada, que representa um dano à sociedade, sendo irrelevante, para que haja a consciência da antijuridicidade, o conhecimento ou desconhecimento da norma. O que importa é não haver o conhecimento da disposição penal ou da punibilidade do fato, mas, a compreensão do autor de que sua conduta é socialmente

³⁴⁶ LISZT, Franz von. Tratado de Derecho Penal. Traducción: Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Reus, [s.d], v.2, p414. *Apud*. BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal, p273.

³⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio. Ob. Cit, p274.

³⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, p313.

reprovada. Esse aspecto é importante, pois permite a construção de causas supralegais de justificação, permite a graduação do injusto segundo sua gravidade e a medição da pena³⁴⁹.

Franz von Liszt já definia a antijuridicidade material, em contraposição à antijuridicidade formal, como o ataque aos interesses vitais dos particulares ou da coletividade, protegidos por normas jurídicas. Mas sua concepção admitia algumas concessões. Em primeiro lugar, deveria essa regra ser interpretada restritivamente, porquanto, naturalmente não de se estabelecer conflitos entre interesses distintos: o fim da convivência humana conduz à necessidade de que, na ponderação dos interesses, seja sacrificado o interesse de menor importância quando somente se pode conservá-lo à custa do interesse superior³⁵⁰.

Nas palavras do autor:

A lesão ou risco de um bem jurídico só será materialmente contrária ao Direito quando estiver em contradição com os fins da ordem jurídica que regula a vida comum; esta lesão ou risco será materialmente legítima, apesar de dirigida contra interesses juridicamente protegidos, no caso e na medida em que responda a esses fins ordem jurídica e, por conseguinte, à mesma convivência humana³⁵¹.

Em segundo lugar, Liszt aponta para o fato de ser o conteúdo material da infração independente de sua exata apreciação pelo legislador, pois ele não cria a norma jurídica que, antes, se encontra ante ele. Assim, afirma a antijuridicidade material e a antijuridicidade formal pode coincidir, mas também discrepar. Não é presumível uma contradição semelhante entre o conteúdo material do ato e sua apreciação jurídica positiva, mas não é impossível³⁵².

Miguel Reale Júnior, ao discorrer sobre a antijuridicidade material, ensina que:

O direito é um elemento da cultura. Destarte, o Direito está sujeito à modificação pelo condicionamento social. Os valores que constituem a realidade cultural estão em constante mudança, e é desses valores culturais mutantes que se depreende a noção de uma 'antijuridicidade pré-normativa, ou melhor, de uma antijuridicidade genérica ainda não consubstanciada em preceitos precisos e certos'³⁵³.

Com isso, enquanto a antijuridicidade formal se caracteriza pela relação que se estabelece entre a conduta e a norma penal, a antijuridicidade material se prende ao conteúdo desvalioso da conduta, sem confundir-se, todavia, com o antissocial. Quanto ao desvalor da conduta e o desvalor do resultado, entende-se sob os estudos da teoria do delito, que passou a entender que a antijuridicidade do fato não se esgota na desaprovação do resultado, mas que

³⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Ob. Cit, p251-252.

³⁵⁰ ALMEIDA, André Vinicius de. Antijuridicidade material e dosimetria da pena privativa de liberdade. Artigo jurídico. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/download/5303/4046>>. Acesso em 20/08/2021.

³⁵¹ LISZT, Franz von. Tratado de derecho penal. tomo II. 4 ed. Madrid: Reus, 1999, p336-337. *Apud*. ALMEIDA, André Vinicius de. Antijuridicidade material e dosimetria da pena privativa de liberdade, p8.

³⁵² *Ibidem*, p9.

³⁵³ REALE JÚNIOR, Miguel. Antijuridicidade concreta. São Paulo: Bushatsky, 1974, p2. *Apud*. BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p164.

a forma de produção desse resultado desaprovado também deve ser incluída no juízo de desvalor.

A lesão ao bem jurídico constituiria o desvalor do resultado do fato, ou seja, seria o efeito danoso ou perigoso que a conduta provoca ao bem jurídico. Enquanto que a forma de execução da lesão, ou seja, a exteriorização da vontade contrária à lei penal constitui o desvalor da ação, sendo ambos de fundamental importância na integração do conteúdo material da antijuridicidade. Assim, o ideal para que a ilicitude penal seja constituída é a união do desvalor da ação e o desvalor do resultado, que não precisam ter necessariamente o mesmo desvalor, pois existem determinados delitos que acentuam um maior desvalor, às vezes na ação, às vezes no resultado, tudo isso por razões de política criminal.

Portanto, a busca pelo equilíbrio entre esses dois elementos, atrelada a inexistência de uma hierarquia valorativa entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado, encontra-se amparo no chamado Direito Penal mínimo e na concepção material de antijuridicidade, sendo que somente a lesão ou perigo de lesão pode ser sancionado penalmente. E a ideia do injusto penal está na relação entre a antijuridicidade formal e material, por meio da qual se chegará à conduta típica e simultaneamente antijurídica.

4.6.2. A antijuridicidade objetiva e subjetiva

A antijuridicidade objetiva tem sua mais remota origem na doutrina da responsabilidade objetiva. Na responsabilidade objetiva não se considera nenhum outro elemento para a configuração do delito, senão o puro ato de fazer ou não fazer do agente³⁵⁴.

A teoria objetiva da antijuridicidade surgiu com Ihering, permitindo nítida separação entre a antijuridicidade e a culpabilidade. Afirma-se, que, na teoria objetiva há dupla função do direito, ou seja, que não é apenas imperativo, mas também regulamentação externa da vida social, através de normas de valoração, que constituem juízos sobre determinados acontecimentos e estados, do ponto de vista do direito. O ilícito constitui contradição objetiva com os preceitos jurídicos. A teoria dos imperativos, por outro lado, apresenta problemas no que concerne à ação antijurídica dos inimputáveis, à responsabilidade objetiva e, na legítima defesa à agressão injusta³⁵⁵.

Para esta teoria, o direito ordena, mas não há qualquer ordem sem o pressuposto de uma situação, que a faça surgir. Há, no direito, uma função de valoração e uma função de

³⁵⁴ Este agente não precisa ser pessoa humana, pois é sabido historicamente que se puniam coisas e animais que agissem de modo “criminoso”. BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p165.

³⁵⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Antijuridicidade. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Disponível em: <fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002201555-antijuridicidade.pdf>. Acesso em: 24/08/2021, 1960, p7.

determinação. O juízo de ilicitude liga-se à função de valoração, que tem por objeto relações gerais de vida e especialmente ações humanas, sem se considerar se o autor tem ou não capacidade de autodeterminação.

Na responsabilidade objetiva só se observa a ocorrência do dano, desprezando-se toda circunstância e elemento de cunho subjetivo, aí incluído a qualidade do sujeito e a manifestação da vontade na prática do ato. A antijuridicidade objetiva é um juízo de valor objetivamente feito, o qual relaciona a ação à norma, as valorações subjetivas interessam a um elemento do crime, qual seja a culpabilidade³⁵⁶.

Entretanto, sabe-se que nem todo elemento subjetivo corresponde somente à culpabilidade. Do mesmo modo, nem todo elemento objetivo corresponde à antijuridicidade. A teoria da antijuridicidade objetiva, com efeito, é inconciliável com alguns aspectos da antijuridicidade, que são subjetivos. Eles são denominados de elementos subjetivos do injusto, e pode ser encontrados em vários tipos penais³⁵⁷.

Por fim, O aspecto objetivo ignora a incapacidade de entendimento e entende que a antijuridicidade engloba apenas o contraste entre o fato e ordenamento jurídico. Dessa forma, conclui que não deixa de ter antijuridicidade o ato voluntário de um inimputável embora ausente a culpabilidade.

A concepção subjetiva da antijuridicidade deu um passo adiante, ela apregoa como parte da conduta interna do agente. Já não é mais um juízo de valor objetivamente feito, confundindo-se com a concepção psicológica da culpabilidade. Esta concepção foi baseada na doutrina de Hegel, vez que este não distingue o direito da moral, sendo o direito apenas uma ordenação ética objetiva. Com efeito, não importa para a configuração da antijuridicidade a exteriorização da conduta, visto que o ato antijurídico torna-se perfeito e acabado com a simples vontade criminosa do agente³⁵⁸.

O conceito de 'ilícito pessoal' surgiu a partir da concepção subjetiva da antijuridicidade, introduzido por Welzel que, segundo o autor, a causação de um resultado, ou seja, a lesão a bem jurídico, não esgota o ilícito, sendo a ação antijurídica tão somente instrumento de determinado agente. O escopo por ele fixado para o fato objetivo, a sua atitude ao praticá-lo, os deveres que o obrigam, tudo isso determina decisivamente a ilicitude do fato, junto à eventual lesão do bem jurídico. A antijuridicidade será sempre a desaprovação de um fato, referido a determinado agente. Parece evidente que esta concepção introduz no campo do

³⁵⁶ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p165-166.

³⁵⁷ Ibidem, p166.

³⁵⁸ Ibidem, p166.

ilícito elemento característico da culpa, ressalvando que, não se confundirá a culpa com o injusto, deixando-os conceitos separados³⁵⁹.

A antijuridicidade subjetiva teve seu ponto culminante na Alemanha, durante o período nazista. Nessa época surgiu a escola penal cognominada Escola de Keil, que se prestou a dar um subsídio filosófico às atrocidades e arbitrariedades cometidas pela Alemanha hitlerista. Doutrina essa escola que o Direito Penal era um direito de luta, devendo-se lutar contra a periculosidade criminal, com o fim de extingui-la. Quem revela periculosidade deve ser sancionado antes de praticar o ato criminoso, pois o ato antijurídico perfaz-se com a vontade de praticá-lo³⁶⁰.

Essa vontade de delinquir e, por conseguinte, de trair o dever para com o povo é originada de bacilos que surgem no corpo do ser humano por conta da vontade de cometer delitos. A manifestação de vontade humana viola não a letra da norma, a qual permanece intacta, mas o comando ideal desta. A norma, portanto, impõe um dever ao sujeito, que é violado e é nesta violação do dever que surge a antijuridicidade, que é subjetiva³⁶¹.

Em suma, O aspecto subjetivo se funda na noção de que o direito, com o fim de proteger bens, exerce uma função reguladora das vontades individuais, e o comando da lei só pode se dirigir àqueles capazes de responderem às exigências da ordem emitida. Sendo assim, os incapazes, os loucos e os menores não agem contra o direito embora possam lesar interesses. Isto é, nesse aspecto há uma mistura do conceito de ilicitude e culpabilidade.

4.6.3. A antijuridicidade geral e específica

A antijuridicidade é a contrariedade do fato ao direito com regulamentação externa da vida social, tendo sua essência na ofensa aos valores tutelados pela norma. A antijuridicidade é, portanto, um juízo de valor relativamente ao fato, em face das exigências da ordem jurídica como um todo. Posto isso, o aspecto genérico entende que a antijuridicidade está presente em qualquer ramo do direito, não sendo exclusivo do Direito Penal. Então, leva em conta a realização de uma norma proibida com o ordenamento jurídico em seu conjunto. Esse aspecto engloba a ilicitude penal e extrapenal. O ilícito penal apresentara-se tipificado no tipo.

O aspecto específico é a diferenciação existente entre a ilicitude penal e a ilicitude extrapenal, sendo aquela sempre típica e que se estende por todo o ordenamento jurídico, ao passo que esta é específica e não se estende para outros ramos do ordenamento jurídico.

³⁵⁹ WELZEL, Hans. Festschrift für Kohlrausch, 1944, p104. *Apud.* FRAGOSO, Heleno Cláudio. Antijuridicidade. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Disponível em: <fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002201555-antijuridicidade.pdf>. Acesso em: 24/08/2021, 1960, p6.

³⁶⁰ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p167.

³⁶¹ *Ibidem*, p167.

Tendo em vista a unidade da ordem jurídica, não há que se falar em uma antijuridicidade exclusivamente penal, mas sim, em valores jurídicos (bem jurídico) tutelados pelo direito penal. Até porque, podemos falar de um ilícito penal e de um ilícito civil, sem perder de vista, no entanto, a unidade de todo o ordenamento jurídico.

4.7. O objeto da consciência da antijuridicidade

Inicialmente, cabe frisar que, o tema não é objeto de desejo pelo estudo nas doutrinas brasileiras. Contudo, figurando como exceções, Juarez Cirino dos Santos e Francisco de Assis Toledo debatem sobre o assunto em suas obras. O primeiro registra que a definição do objeto da consciência da antijuridicidade é controvertida na literatura penal contemporânea, existindo, ao menos, três teorias, quais são: tradicional, moderna e intermediária. Ao passo que, o segundo faz referência à classificação que fala em critério material, formal e intermediário.

Quanto ao objeto da consciência da antijuridicidade, é possível identificar três grandes aspectos que analisam sua substância segundo bases diversas. Consequentemente é primordial a análise do conteúdo do conhecimento na consciência da antijuridicidade por se tratar de um dos pilares de limitação do *jus puniendi* estatal, na medida em que deve conciliar pretensões político-criminais com a análise da efetiva possibilidade de internalização normativa, especificamente, na seara dos crimes econômicos.

As características destes delitos acabam por fazer emergir ainda mais dificuldade no tratamento do erro de proibição decorrente da ausência de consciência do objeto da antijuridicidade, além de existirem diversas situações em que a própria lei demanda o conhecimento efetivo da antijuridicidade previsto no tipo penal.

Portanto, pode-se dizer que são três as principais teorias que tratam sobre o tema, e dentro de cada uma existem algumas posições divergentes. Na primeira teoria, encontram-se os que defendem ser necessária para configurar o conhecimento da antijuridicidade apenas a consciência de que a conduta está em contradição com a ordem moral e valores sociais, descartando-se, assim, a consciência do ordenamento jurídico.

Na segunda teoria, temos os que sustentam ser necessário o conhecimento da punibilidade da conduta. Há autores que defendem pela consciência da punibilidade penal específica, ao passo que há outros que dizem que basta a consciência da punibilidade genérica presente no ordenamento jurídico e, não necessariamente, a penal.

A última teoria é uma posição intermediária, trazida por Roxin e que vai dizer que o conhecimento da imoralidade do comportamento seria insuficiente e conhecer a punibilidade

da ação seria desnecessário. Assim, o objeto da consciência da antijuridicidade seria o conhecimento da contrariedade ao ordenamento jurídico, mais precisamente, da lesão a um bem jurídico penalmente tutelado.

4.7.1. *A ordem social e os valores morais como objeto da consciência*

Conforme explica tal teoria, o objeto do conhecimento do injusto é a contradição entre seu comportamento e a ordem social, ou valores morais, independente de conhecer a violação ao ordenamento jurídico ou a punibilidade penal do fato. Essa teoria segue um critério material, cujo seus expoentes são, Sauer, Gallas, Hippel, Mayer e Kaufmann, sendo que atualmente na Alemanha é sustentado apenas por Schmidhauser³⁶².

É importante esclarecer que essa teoria foi prestigiada na Alemanha nos anos pós-guerra por questões, especialmente, de política criminal, dando uma nova vigência a uma postura jusnaturalista fundada nas normas de cultura de Max Ernst Mayer, segundo o qual a obrigatoriedade da lei não descansa em seu conhecimento senão na circunstância de que as normas jurídicas coincidem com as normas de cultura, cuja obrigatoriedade é conhecida pelo sujeito. A questão foi muito influenciada pela problemática da delinquência nacional socialista que podia encontrar refúgio para seus crimes numa concepção formal de injusto. Era usual que entre as alegações da defesa figurasse o erro de proibição, pois muitos desses autores seguiam normas jurídicas válidas no momento da realização dos fatos. Nesse contexto, não é de se estranhar que Kaufmann tenha se esforçado em tentar demonstrar que o objeto do conhecimento da antijuridicidade seria a chamada antijuridicidade material³⁶³.

A antissociabilidade exigida do comportamento também é vista por Jorge Figueiredo Dias, quando diz:

O papel fundamental cabe aqui à ideia de que (ao menos no âmbito do chamado direito penal de justiça) não é a punibilidade que fundamenta o ilícito material, mas este – o violar ou por em perigo bens jurídicos comunitariamente relevantes e, por conseguinte, a danosidade social – que fundamenta aquela. Daí supor a culpa tão só que o agente tome consciência da ilicitude material do fato que pratica e não da proibição legal que a ele está ligada³⁶⁴.

O autor ainda continua, “punir fatos que não encontram ressonância nas representações de desvalor do mundo da vida é defraudar expectativas acerca do punível e no não punível”, razão pela qual ele coloca como inadequados ao contexto da culpabilidade, em

³⁶² SILVA, Robson Antônio Galvão da. O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico. Dissertação de Mestrado, 2009, 229 páginas. Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009, p95.

³⁶³ NIETO MARTÍN, Adán. El conocimiento del Derecho. Madrid: Atelier Penal, 2006, p75. *Apud*. SILVA, Robson Antônio Galvão da. Ob. Cit, p95.

³⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal, p209.

razão da opacidade do desvalor do fato, os crimes de risco, de perigo presumido, de desobediência e os delitos cumulativos. Em relação a estes, o autor diz que o “Estado atua nas costas do cidadão”³⁶⁵.

Logo, esta concepção parte da ideia de que o autor somente seria culpável se pudesse vislumbrar a contradição entre seu comportamento e a ordem social, que para Mayer correspondia às normas de cultura, já que a obrigatoriedade da lei, segundo o autor, descansa na coincidência existente entre as normas jurídicas e as normas de cultura. Seguindo a mesma linha, Kaufmann, também via o objeto como sendo a antijuridicidade material, o que contava com grandes vantagens de ordem processual, porém não para os crimes de natureza econômica, em relação aos quais há antijuridicidade formal e não material no sentido da “imoralidade da conduta”³⁶⁶.

Apesar das vantagens práticas, sob o viés processual gerado por essa teoria, ela encontra dificuldades derivadas dos casos em que não há coincidência entre os conceitos de injusto material e formal. Num primeiro aspecto, há casos em que uma conduta é antijurídica de um ponto de vista formal sem que lhe corresponda um injusto material. Em todos os ordenamentos jurídicos existem várias condutas delitivas às quais não correspondem injustos materiais, especialmente no âmbito das contravenções³⁶⁷. O problema se torna ainda mais evidente no atual Direito Penal da sociedade pós-industrial, em que cada vez mais condutas baseadas apenas no desvalor da ação são criminalizadas, como o caso do crime do art. 51, Lei 9.605/98 - Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa³⁶⁸. Nesse caso, a proibição sob a ameaça de pena criminal se choca com as normas ético-sociais. É criminalizada para que passe a ser desvalorizada socialmente.

³⁶⁵ Ibidem, p211.

³⁶⁶ SILVA, Robson Antônio Galvão da. Ob. Cit, p97.

³⁶⁷ Ibidem, p96.

³⁶⁸ Há uma decisão, onde a 3ª Turma do TRF da 1ª Região, por unanimidade, negou provimento à apelação interposta pelo Ministério Público Federal (MPF) contra a sentença, da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Pará, que absolveu a parte ré, acusada pela prática dos crimes previstos nos arts. 40 e 51 da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), desmatar com utilização de motosserra florestas e demais formas de vegetação (...). A fiscalização apurou que o desmatamento afetou indiretamente área de manguezal, ante a presença de possíveis tocas de *Ucides cordatus* – espécie vulgarmente conhecida como uçá, caranguejo-uçá, catanhão ou uçaúna – e vegetação característica destas áreas (...). A sentença julgou improcedente a denúncia, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, **sob o fundamento da incidência de erro de proibição inevitável (art. 21, do Código Penal)** (...). No caso, é evidente que a utilização de motosserra é meio para a execução da conduta de danificar, direta ou indiretamente, áreas protegidas, haja vista que o dano em questão foi promovido mediante o uso desse equipamento.
PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DANO AMBIENTAL. RESERVA EXTRATIVISTA. USO DE MOTOSSERRA. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. **ERRO DE PROIBIÇÃO**. ABSOLVIÇÃO. NÃO PROVIMENTO.

Num segundo aspecto, há os casos inversos de um comportamento que representa uma grave lesão de bens sociais e que não estão proibidas pela lei. Parece claro que a tipificação de condutas, especialmente no Brasil, surge, muitas vezes, de motivações oportunistas e desvinculadas de interesse de proteção ético-sociais efetivos³⁶⁹.

Além disso, diante daqueles que sustentam que o conteúdo do conhecimento da antijuridicidade está integrado pela representação da conduta antissocial ou imoral, é necessário objetar que, além de se valer de expressões bastante confusas, emprega um termo que não corresponde ao Direito positivo, ao que se deve referir necessariamente o conhecimento da antijuridicidade. Os delinquentes políticos, ao crer que produzem um bem à sociedade, e os habituais, ao estar privado de todo sentido moral, não deveriam ser castigados por falta da representação da imoralidade ou da antissocialidade, respectivamente, de sua ação.

Dentro da criminalidade econômica, isso significa a eliminação de quase toda a modalidade criminosa, solução na qual impensável se analisada sob uma perspectiva político-criminal necessária no contexto da sociedade de risco. Daí porque numa visão funcionalista, a criminalidade de tais condutas que se contrapõe à teoria deve ser adequada de modo a compatibilizar a punição de delitos com essas características, sem, contudo, abrir mão do princípio da culpabilidade.

Igualmente, a política-criminal que se baseia nessa teoria não corresponde, satisfatoriamente, o critério da danosidade social, pois há nos crimes econômicos a tutela de bens supraindividuais cuja lesão no caso particular não consegue ser sentida, como nos casos de crimes ambientais, em que a conduta do agente, de forma isolada, pareceria carente de danosidade ao ambiente, porém, levando-se em consideração é a somatória das condutas do mesmo gênero.

Posto isso, como a moral é considerado um fenômeno plural, não se pode afirmar que em um Estado todos os cidadãos tenham uma moral coincidente. Como valores éticos e morais podem ser diferentes, o Direito não pode exigir sua orientação com base nesses

1. O tipo penal do art. 51 (utilização de motosserra em florestas ou demais formas de vegetação sem licença), da Lei nº 9.605/98 configura conduta precedente necessária à concretização do tipo do art. 40 (dano a unidades de conservação e áreas de proteção ambiental), do mesmo diploma, quando o dano ambiental for promovido mediante o uso de motosserra. Incidência do princípio da consunção ou absorção. Precedente deste Tribunal.

2. O crime de dano ambiental em Reserva Extrativista, na forma do *caput* do art. 40 da Lei nº 9.605/98, imprescinde da demonstração do elemento subjetivo. Diante da ausência de provas de conduta dolosa, ou de imprudência, negligência ou imperícia que justifiquem a readequação para a forma culposa do § 3º, a absolvição deve ser mantida. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª Região. Terceira turma. Apelação Criminal 0002768-77.2014.4.01.3900/PA. Relator Des. Federal Ney Bello, julgado em 03/03/2017, publicado em 28/03/2017.

³⁶⁹ Ibidem, p96.

valores, por isso, atualmente, há um consenso em torno da separação entre o Direito e a Moral, tornando essa teoria superada.

4.7.2. *A punibilidade como objeto da consciência*

Conhecida como teoria formal, ou critério formal, vê como objeto da consciência da antijuridicidade a punibilidade. Na Alemanha, esse posicionamento é representado especialmente por Harro Otto. Como lembra Saborit, também se encontram entre seus adeptos Neumann e Schroeder. E na Espanha cita-se Silva-Sánchez e Bacigalupo³⁷⁰. Segundo Otto, é necessário o conhecimento da punibilidade do comportamento por meio de um tipo penal, conhecimento de infringir uma prescrição penal (punível), ainda que não exija conhecimento minucioso dos termos da lei.

Além disso, vale destacar a lição de Neumann e Schroeder, que entendem não ser necessário o conhecimento da punibilidade penal, mas sim, de uma punibilidade genérica, isto é, presente em outros ramos do Direito.

Neumann considera que é necessário que o sujeito saiba que a resposta estatal à infração que está cometendo será uma sanção. Consciência do injusto seria consciência da sancionabilidade jurídica do comportamento realizado. Segundo ele, não é suficiente que o sujeito seja conhecedor de que viola uma norma de Direito Civil, Administrativo ou disciplinar, senão que é preciso o conhecimento de que o comportamento vulnera uma norma que desaprova o fato e o considera merecedor de sanção (...).

Finalmente, existem aqueles que opinam que a consciência do injusto comporta o conhecimento do caráter penal da proibição do fato. Seu mais conspícuo representante é Schroeder. Para este autor, existe uma grande diferença entre se o ordenamento jurídico, por exemplo, ameaça um comportamento com uma pena criminal, ou bem prevê meramente a obrigação de indenizar alguns danos. Quando um sujeito erra sobre a punibilidade do fato que está realizando, não incorre simplesmente em um erro sobre as consequências jurídicas da infração, senão que desconhece o específico juízo de desvalor expresso na norma penal e, portanto, incorre um erro sobre a proibição, até o ponto que o simples conhecimento da contravencionalidade da infração cometida não poderia substituir à consciência da punibilidade³⁷¹.

Por outro lado, seguindo uma linha de raciocínio que defende que a necessidade de conhecimento da punibilidade penal para que se configure a consciência da antijuridicidade, Zaffaroni explica que:

O princípio da culpabilidade deve se refletir na estrutura dogmática penal da maneira mais ampla e, como consequência, ainda que se perquiria a consciência da antijuridicidade apenas em sua forma potencial, não deveria bastar ao Direito Penal o conhecimento da contrariedade do comportamento ao Direito, 'senão que também

³⁷⁰ SABORIT, David Felip i. Error Iuris: El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal. Madrid: Atelier, 2007, p110. *Apud.* SILVA, Robson Antônio Galvão da. Ob. Cit, p97.

³⁷¹ SABORIT, David Felip i. Ob. Cit, p116. *Apud.* SILVA, Robson Antônio Galvão da. Ob. Cit, p98.

se requer que o agente saiba que essa contrariedade está tipificada penalmente é dizer, que se trata de antijuridicidade com relevância penal³⁷².

O tratamento da matéria exprime uma visão geral objetivada à contenção do Direito Penal e efetivação de sua característica de *ultima ratio*. Porém, isso não implica dizer que o autor do fato deve conhecer exatamente o tipo penal correspondente ao seu comportamento, mas simplesmente que é uma conduta proibida na esfera penal.

Para Jakobs que compartilha dos mesmos ensinamentos de Neuman, sua concepção é mais flexível. Para o autor, não é necessário o conhecimento da punibilidade penal, que somente se poderia exaurir a partir da importância do injusto conhecendo-se a sanção penal, mas que basta o conhecimento da contrariedade à norma enquanto uma perturbação social, violando uma norma do ordenamento jurídico em que o Estado possibilita de empreender medidas com o fim de impedi-las ou sancioná-las³⁷³.

A visão do autor vincula-se à sua premissa de função preventiva geral do Direito Penal, pois a coação psicológica exercida pela norma sobre a sociedade só pode exercer influencia sobre o autor, se este conhece a sanção jurídica decorrente da prática do fato previsto. Assim, a assimilação pela consciência da antijuridicidade é sobre o tipo penal e a penalidade a ele correspondente.

Com uma crítica a ser feita desta teoria, Roxin é factível em dois principais aspectos. Em primeiro lugar, de índole basicamente prática, a distinção teria muito pouca incidência, pois o cidadão médio identifica quase sempre proibição com proibição penal. Em segundo lugar, o conhecimento de que um determinado fato está proibido deve ser suficiente para motiva um comportamento conforme o Direito. Se isso é conhecido, o resto seria apenas especulações sobre a mera impunidade que não merecem nenhuma atenuação. Para corroborar a crítica, menciona o exemplo daquele que sabe que com a utilização de um veículo alheio está cometendo uma conduta proibida por ser uma apropriação não permitida pelo Direito privado, embora não tenha nem ideia de que, isso constitua um delito. Tal sujeito não se encontraria num erro de proibição nem mereceria uma atenuação da pena³⁷⁴.

4.7.3. Posição intermediária

Originada na Alemanha, essa teoria tem como principal representante Claus Roxin, cuja sua criação parte da crítica às teorias de critério material (ordem social e valor moral), e critério formal (a punibilidade), pois enquanto conhecer a imoralidade seria suficiente,

³⁷² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal, p682.

³⁷³ JAKOBS, Gunther. Derecho Penal. Parte general, p667.

³⁷⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte general, p867-868.

conhecer a punibilidade seria desnecessário. A noção principal dos adeptos dessa teoria é de que o conteúdo objeto de apreciação na consciência da antijuridicidade é a possibilidade de conhecimento da violação a um bem jurídico. Tratando-se, assim, de vincular o desvalor social do fato à existência de uma norma jurídica ou perceptiva. Veja-se a lição de Roxin:

Consciência da ilegalidade significa: o sujeito sabe que o que ele faz não é legalmente permitido, mas é proibido. Assim, para a consciência da ilicitude não basta a consciência do dano social ou contrário à moral da própria conduta, mas, por outro lado, tampouco é necessário de acordo com op. Sol. a consciência dos puníveis. Pois bem, uma vez que nem todas as ações de desserviço são proibidas, a consciência de transgredir as normas sociais ou éticas pressupõe, no máximo, um meio de acessar o conhecimento da proibição, mas não é esse mesmo conhecimento. Além disso, as avaliações sociais e morais estão mudando tanto em uma sociedade pluralista que a lei não pode exigir orientação incondicional para elas, mas como regra geral, só pode formular a censura total da culpa quando o sujeito conscientemente desconsidera as proibições e mandatos legais (...). Nem a consciência de uma infração disciplinar constitui consciência de ilegalidade, porque o direito disciplinar formula regras internas especiais e não faz referência às regras de conduta em vigor para todos os cidadãos, pelas quais se orienta o Direito Penal³⁷⁵.

Destaque-se que, como Roxin alerta que não basta, para conformação da consciência da antijuridicidade ao tratar de uma infração disciplinar, pois a mesma trata de ordem interna de determinada atividade, ao contrário do Direito penal que se orienta a todos os cidadãos, o mesmo se dá referentemente ao conhecimento da jurisprudência, pois o sujeito, conhecendo-a, mas considerando-a incoerente, ainda pode incorrer em erro de proibição, sendo que também é possível a situação contrária, quando a jurisprudência permite a conduta, mas o autor a imagina proibida juridicamente³⁷⁶.

No campo do Direito Penal Econômico, Buján Perez questiona se, a despeito de em geral não haver essa exigência, não deveria ser requisito para a culpabilidade na seara de delitos socioeconômicos o conhecimento da punibilidade penal, ou “conhecimento do caráter penal da proibição do fato”. Isso porque, segundo o autor espanhol, se trata de um conjunto de delitos vinculados a um Direito Penal acessório e diferentemente dos crimes clássicos, o cidadão não identifica tão facilmente a proibição com proibição penal e normalmente terá uma representação do jurídico penalmente proibido inferior à real³⁷⁷.

Segundo Roxin, o conhecimento da proibição deveria bastar em todo caso ao sujeito para motivar-se a uma conduta fiel ao Direito, decorrendo logicamente que tanto faz conhecer especificamente a punição. Não que o efetivo conhecimento da punição, e além, da punição penal, seja irrelevante. O autor ainda afirma que realmente há uma culpabilidade mais

³⁷⁵ ROXIN, Claus. Ob. Cit, 868-869.

³⁷⁶ Ibidem, p869.

³⁷⁷ BUJAN PEREZ. Carlos Martinez. Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p456-457. *Apud*. SADE, Carla Bacila. A consciência da antijuridicidade nos crimes econômicos. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Curitiba. Paraná. 2012, p107.

exacerbada naquele que pratica o fato sabendo ser crime, mas isso não é o limite entre uma conduta culpável e não culpável, constituindo apenas critério de medição da pena segundo o grau de reprovabilidade da conduta³⁷⁸. Logo, somente se teria erro de proibição quando o agente suponha que sua conduta é aprovada pelo ordenamento jurídico nas circunstâncias concretas do caso, e não estariam aqui abarcados os casos do autor por consciência ou convicção quando sabe que a conduta, embora lhes tenha sentido, não é aceita juridicamente, ainda que em tais casos também isso possa ter algum reflexo na medida da pena.

Na leitura de Juarez Cirino dos Santos, essa corrente se aproxima da teoria formal uma vez que, para o autor, conhecer a específica lesão do bem jurídico equivale ao conhecimento da punibilidade do fato. Inclusive, a seu ver, o conhecimento da punibilidade do fato é o mais adequado ao princípio da culpabilidade que sustenta o Direito Penal no Estado Democrático de Direito³⁷⁹.

Assim, o conhecimento da antijuridicidade não importa nem o conhecimento da punibilidade do comportamento nem o da disposição legal que prevê a proibição da conduta. Como também, não basta, no entanto, que o sujeito tenha conhecimento de que sua conduta é reprovável moralmente e/ou socialmente. Assim, diante da relevante consequência que busca se extrair do objeto da consciência e sem trazer qual é o exato objeto do conhecimento do injusto, o estudo do erro de proibição fica prejudicado. Dessa forma, feita a análise das principais teorias, as questões referentes ao desconhecimento do injusto e desconhecimento da lei, bem como, o conhecimento atual ou potencial da antijuridicidade (elemento da culpabilidade) ficam para o capítulo seguinte, onde será trabalho o instituto “erro de proibição”.

4.8. A potencial consciência da antijuridicidade na teoria normativa pura da culpabilidade

Neste ponto se discutirá a colocação da ‘consciência da antijuridicidade’ de acordo com o marco teórico do finalismo, que adota a teoria normativa pura da culpabilidade. Logo, os períodos anteriores não nos interessam como conteúdo do trabalho. Desse modo, se sabe que dentro do finalismo, cujas linhas básicas norteiam o Código Penal pátrio, podemos afirmar que a consciência da antijuridicidade é o elemento mais importante da teoria do crime, pois ela é a própria culpabilidade. Diz-se que a consciência da antijuridicidade é o elemento mais importante da teoria do delito por força do princípio *nulum crimen, nulla poena sine*

³⁷⁸ ROXIN, Claus. Ob. Cit, p 869.

³⁷⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral, p303-304.

culpa, visto que este princípio é o corolário máximo das legislações penais moderna, aí incluída a brasileira³⁸⁰.

A consciência da antijuridicidade tem por conteúdo a antijuridicidade e por objeto a culpabilidade. Tem por objeto a culpabilidade, pois, como veremos, encerra a culpabilidade em si. Tem por conteúdo a antijuridicidade porque a apreensão de sentido é formada tendo em vista a contradição do fato com as exigências do Direito. A culpabilidade, desse modo, é puramente a consciência da antijuridicidade, que é um juízo de valor feito pelo juiz. Deve-se distinguir a valoração (consciência da antijuridicidade) do objeto da valoração (ação). No seu sentido próprio, a culpabilidade é só a consciência da antijuridicidade, estando à ação fora da culpabilidade, que é apenas o objeto da valoração.

Com o advento da teoria finalista da ação, a concepção psicológico-normativa da culpabilidade foi rechaçada, dando-se lugar a uma concepção exclusivamente normativa da mesma. A teoria finalista ocorre no século XX, tendo em Hans Welzel seu maior defensor. Prega a teoria finalista da ação que a conduta é realizada em busca de uma finalidade previamente definida.

Francisco de Assis Toledo resume claramente a teoria finalista da ação:

Assim é que o homem, com base no conhecimento causal, que lhe é dado pela experiência, pode prever as possíveis consequências de sua conduta, bem como estabelecer diferentes fins e orientar sua atividade para a consecução desses mesmos fins e objetivos. A finalidade é, pois, vidente; a causalidade é cega. E nisso reside, precisamente, a grande diferença entre o conceito clássico causal da ação e o novo conceito finalista. No primeiro, a ação humana, depois de desencadeada, é considerada, em sentido inverso, como algo que se depreendeu do agente para causar modificações no mundo exterior. No segundo, é ela considerada, em sentido inverso, como algo que se realiza de modo orientado pelo fim antecipado na mente do agente. É uma causalidade dirigida³⁸¹.

A consciência da antijuridicidade, na teoria finalista, é a essência da culpabilidade e é o que permite que se faça um juízo pessoal da reprovação sobre o autor do fato típico. Tal juízo é feito pelo juiz, que personifica o ordenamento jurídico. A teoria finalista fica responsável pela migração do dolo e da culpa para o fato típico, deixando-se a culpabilidade puramente normativa. Alerta-se, porém, que o dolo que migra para a primeira origem do crime (fato típico) está despido da “consciência da ilicitude”. Assim, o dolo volta a ser puramente naturalístico, pois não existe nela nenhum conceito de ordem psicológica, e pertencente à ação, separado, portanto, da culpabilidade.

A culpabilidade, portanto, ficou com os seguintes elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude (após a retirada do

³⁸⁰ *Ibidem*, p58.

³⁸¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p97.

dolo, integrando-se a própria culpabilidade, não mais como atual, mas sim a potencial consciência da ilicitude). O elemento – potencial consciência da ilicitude – foi opção de escolha pelo legislador brasileiro como premissa da responsabilidade como ponto de partida ao regular esta no artigo 21 do Código Penal, assim, optando a potencial consciência da ilicitude suficiente para configuração da culpabilidade, haja vista, que, nos casos de erro de proibição evitável (que será tratado no capítulo seguinte) a punibilidade tem lugar, pois “o agente poderia ter tido a consciência da ilicitude que realmente não teve ao executar o fato, ou seja, porque poderia agir de outra forma”³⁸².

O juízo de censurabilidade da culpabilidade repousa no fato do indivíduo cometer uma conduta, que podia saber que era contrário ao direito, ou seja, cometer uma conduta com potencial consciência da antijuridicidade. Em suas palavras Maurach, diz que, “o autor do crime atua de maneira culpável se tem possibilidade de conhecer a antijuridicidade da sua ação. E essa possibilidade de discernimento entre o mal e o justo, entre o lícito e o ilícito, é um juízo de valoração puro”³⁸³.

Deste modo, na teoria finalista o dolo é apenas a vontade consciente de realização dos elementos do tipo; deixa de ser normativo, e passa a ser natural. A consciência da ilicitude, elemento normativo (valorativo), não acompanha o dolo, e permanece na categoria da culpabilidade. O que se deve notar, que nesse aspecto é que, com a separação entre o dolo natural e a consciência da ilicitude, foi necessário se modificar o tratamento dos “erros essenciais”, em relação ao que se apregoava no Causalismo. Antes, tratavam-se dos erros de fato e erro de direito. Com a nova sistematização, abandonou-se a antiga doutrina sobre os erros essenciais, passando a se chamar “erro de tipo” aquele incidente sobre o dolo, e “erro de proibição” o equívoco do agente acerca do conhecimento da ilicitude do fato.

³⁸² O potencial conhecimento é um não conhecimento, ou desconhecimento. Foi ainda no período da teoria psicológico-normativa que a consciência da ilicitude, naquele momento ainda elemento do dolo, foi elaborada enquanto consciência potencial, pois esta era uma das possíveis soluções para as lacunas de punibilidade que decorriam de ser-lhe exigido o conhecimento atual, muitas vezes não verificado no caso concreto. A origem dessa elaboração teórica está explicitada em Mezger, tendo sido criada vinculada não apenas à ideia de evitabilidade dos delitos culposos, como ao contexto fático de inflação legislativa em matéria econômica. MEZGER, Edmund. Tratado de derecho penale aleman. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p144.

³⁸³ MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Rio de Janeiro, ano IV, 1966, p25. *Apud.* BRANDÃO, Cláudio. Ob. Cit, p229.

5. O TRATAMENTO DO ERRO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Dedica-se o presente e último capítulo à análise do instituto do erro de proibição, ou seja, (in)consciência da antijuridicidade no Direito Penal Econômico e a ‘solução’ que a doutrina dá para os elementos do tipo penal econômico. Inicialmente, apresentar-se-á uma análise sobre a criação do conceito de erro de fato e erro de direito e sua evolução para o erro de tipo e erro de proibição, e a análise das principais correntes que acompanham o desenvolvimento do Direito Penal, com enfoque no tratamento do erro sobre as teorias do dolo e da culpabilidade. Logo após passará a analisar as formas de tratamento do erro de proibição nos elementos normativos do Direito Penal Econômico, como: as leis penais em branco; elementos normativos do tipo; elementos do dever jurídico (valoração global do fato) e, assessoriedade administrativa.

Em primeiro lugar, para que se analise o erro de proibição inseridos na problemática do Direito Penal Econômico deve-se, antes de tudo, fazer uma passagem histórica mesmo que de forma breve, começando pelo Direito Penal Romano que contribuiu, decisivamente, para criação do dolo (*bonus e malus*) e, também para o erro (de fato e de direito). Passando-se, a seguir, a analisar as teorias do delito a partir do final do século XIX, período em que surgiu o conceito analítico de crime, o qual passou a influenciar todas as teorias surgidas posteriormente.

5.1. A dicotomia do erro de fato e erro de direito: um panorama histórico da natureza e efeitos na doutrina sobre o elemento cognitivo (dolo) dos tipos penais

O Direito Penal Romano (753 a.C. a 1453 d.C.) foi quem apresentou os estudos dos conceitos de imputabilidade, culpabilidade e de seus excludentes, o erro, entre outros. Também, trouxe uma diferenciação entre *dolus* e *culpa*, sendo o primeiro a ofensa intencional a lei moral e a lei do Estado, exercido com a consciência da injustiça. A culpa, por outro lado, indicava o agir descuidado ou negligente³⁸⁴. Isto é, para a Teoria jurídica do delito, o dolo implicava conhecimento (elemento cognitivo) e vontade (elemento volitivo) de realizar o delito, sendo que o conhecimento se projetava na exigência de captação por parte do agente dos elementos do tipo penal e do caráter antijurídico da conduta, vale dizer, que, para o Direito Romano era necessário o conhecimento do fato e do Direito.

Já pensando no período do Positivismo-naturalista, com o advento do sistema clássico de delito, os seus precursores, Franz von Liszt e Ernst von Beling, passaram a cunhar com atenção o conceito analítico de crime. Nessa fase o tipo passou a ser visto como uma categoria

³⁸⁴ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal brasileiro. Parte geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p79.

autônoma, de forma que o delito foi compreendido como sendo composto pelo fato típico, antijuridicidade e culpabilidade. Foi assim, a partir da obra de Beling, a expressão passou a designar o tipo, no caso, o elemento legal do delito, separado da antijuridicidade e da culpabilidade, ao qual era incumbida a função de descrever a conduta proibida³⁸⁵.

A posição de Beling quanto à relevância da consciência da ilicitude sobre o dolo é curiosa, em vista da sua concepção neutra do tipo. Beling, afinal, foi o primeiro responsável pela cisão do tipo em relação à ilicitude. Todavia, uma vez que Beling compreende o dolo como um dos graus de culpabilidade, ao lado da culpa em sentido estrito, nada impõe que ele o conceba exclusivamente como referência ao delito-tipo, mas é perfeitamente compreensível que nele inclua também a representação da ilicitude, como fundamento da maior reprovabilidade do agente. Como pondera Figueiredo Dias:

A separação entre a valoração e o seu objeto não impede a consideração de que o dolo, como reflexo na culpabilidade de certa atitude psicológica, não se dirige apenas ao objeto, mas também à sua valoração, abrangendo cumulativamente a representação pelo agente dos elementos constitutivos do tipo e da própria ilicitude³⁸⁶.

O reconhecimento da consciência da ilicitude como elemento presente no dolo é a solução encontrada pelo autor para tratar do erro quanto à ilicitude do fato, por meio das “teorias do dolo”³⁸⁷. Tal designação se deve ao fato de que, à luz dessas formulações, tanto o erro de fato quanto o erro de direito são, ao menos, prejudiciais ao dolo.

Segundo Beling, a consciência da ilicitude se configura independentemente do conhecimento do dispositivo de direito escrito violado. Poderia alcançá-la até mesmo aquele que conduzisse seu discernimento com base na noção que tenha de uma ordem jurídica estrangeira, similar quanto ao ponto àquela em face da qual a ilicitude se verifica objetivamente. E pela mesma razão a consciência da ilicitude se verifica inclusive quando tenha sido inferida pelo agente a partir dos seus conhecimentos sobre a ordem moral e os bons costumes. Como se vê, a formalidade da concepção de Beling quanto à consciência da ilicitude não diz respeito ao tipo de conhecimento que tal consciência requer. Afinal, Beling não condiciona a consciência da ilicitude a um conhecimento formal do direito. Tal classificação se deve ao objeto desse conhecimento, que há de se referir ao direito positivo, escrito ou não, mas em todo caso reconhecido pela autoridade do Estado, e não a uma ordem

³⁸⁵ TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p21-22.

³⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, p153-154.

³⁸⁷ As teorias serão tratadas no capítulo IV nos itens 5.3.1; 5.3.2 e 5.3.3.

moral em si mesma considerada³⁸⁸. A culpabilidade, por outro lado, era tratada somente com o vínculo psicológico entre a conduta e o resultado.

Portanto, predominou quanto ao entendimento a respeito dos erros de fato e erros de direito, o entendimento de se escusar apenas os erros de fato, de forma que os erros de direito seriam considerados irrelevantes, seguindo de perto a antiga dogmática romana do *error juris semper nocet* (o erro de direito sempre prejudica). O erro de fato não obteve o mesmo tratamento dado ao erro de direito. O erro de fato ocorreria quando houvesse uma falsa percepção da realidade, de forma que o agente acreditaria estar diante de uma situação lícita quando na verdade se tratava de um ilícito penal³⁸⁹.

Por outro lado, no erro de direito haveria a plena representação da realidade dos fatos por parte do agente, mas que, por ignorância ou por um falso conhecimento da lei, não teria esse percebido a ilicitude de seu ato. Não se fazia, à época, diferenciação entre ignorância da lei e erro de proibição, de forma que a inescusabilidade do erro de direito se pautava, em geral, na necessidade de se impedir lacunas na penalização de agentes. Ademais, a exclusividade do liame psicológico na análise da culpabilidade, existente no sistema clássico de delito, acabou por deixar de lado a consciência da antijuridicidade, de forma que o erro de direito não possuiria relevância³⁹⁰.

Em um segundo período, com a superação em relação ao positivismo-naturalista, surge o movimento filosófico neokantista, onde a noção de valor marca a diferença entre as ciências naturais e as ciências jurídicas. Para Mezger, ao definir a consciência da ilicitude, à qual ele se refere como ‘conhecimento da significação antijurídica da ação’, não a restringe a um conhecimento a respeito do direito, ainda que mirado pelos olhos de um leigo, nem a confunde com a percepção do caráter meramente antiético, imoral, ou contrário aos costumes da conduta. Opondo-se a uma concepção puramente material da consciência da ilicitude, Mezger afirma que, em sentido jurídico-penal, e conforme essa sua mesma natureza, o dolo se dirige contra as normas do direito. Mas por outro lado, se afastando do puro formalismo, Mezger pondera que nem por isso se deve exigir do sujeito uma apreciação propriamente jurídica da sua conduta. Afinal, para a esfera de apreciação da consciência as normas jurídicas e extrajurídicas se mesclam³⁹¹.

³⁸⁸ Ibidem, p156-157.

³⁸⁹ MOTTA, Ivan Martins. Erro de proibição e bem jurídico-penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p29-30.

³⁹⁰ Ibidem, p30-31.

³⁹¹ MEZGER, Edmund. Tratado de derecho penale aleman, p157-158.

Mezger, ainda, orienta que a consciência da ilicitude, ou ‘o conhecimento da significação antijurídica’ da conduta resulta de uma valoração paralela em relação àquela legal ou judicial que o autor faz da sua conduta desde a ‘esfera do profano’. Trata-se de uma valoração distinta, tanto quanto ao sujeito que a performa, como quanto aos recursos de que se vale, mas que aponta no mesmo sentido da valoração legal ou judicial que recai sobre a mesma conduta³⁹².

Ademais, no campo da culpabilidade, passa-se adotar a teoria psicológico-normativa, o elemento (culpabilidade) é visto como algo externo ao agente, a partir de um juízo de reprovação emitido pelo ordenamento, analisando-se a censurabilidade do ato praticado e não apenas o dolo e a culpa. Deixou-se de ver o dolo e a culpa como meras espécies da culpabilidade, de forma que se passou a entender como elementos da culpabilidade, retirando a exclusividade anteriormente observada e passando a aceitar a existência de outros elementos integrantes da culpabilidade. Passa-se, assim, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa, como outros elementos integrantes da culpabilidade.

Ainda mais, a teoria psicológico-normativa trouxe um novo significado ao dolo, acrescentando o elemento da ‘consciência da ilicitude’. Passou-se a entender que haveria a necessidade de que o agente quisesse praticar o ato ilícito. Uniu-se, dessa forma, um elemento cognitivo que era caracterizado pela consciência da ilicitude, chamado de aspecto normativo, a um elemento volitivo, caracterizado pela vontade, chamado de aspecto psicológico, de forma a moldar uma concepção híbrida de dolo que caracterizava a figura do *dolus malus*, um dolo em que o agente reconhecia a ilicitude de seu ato.

Já pensando na concepção finalista, o pensamento que surge é pela afirmação de que toda consciência é intencional. Não há consciência separada do mundo, pois toda consciência visa ao mundo. Tal pensamento repercutiu no campo jurídico, tendo como expoente o autor Hans Welzel, assim, enfraquecendo a teoria neokantiana. A teoria finalista ganhou força no Brasil e, a partir da reforma do Código Penal em 1984 passou a ser reconhecida e adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, possuindo, também, grande força na doutrina brasileira.

A grande inovação trazida pela teoria finalista foi apresentar uma visão mais complexa do tipo. Essa teoria transferiu o dolo e a culpa, que até então estavam situados na culpabilidade, para o fato típico, o qual passou a ser uma realidade complexa, composta por uma parte objetiva, formada pela descrição legal, e uma parte subjetiva, representada pelo dolo, culpa e outras características subjetiva. Nesse sentido, Bitencourt afirma que “a parte

³⁹² Ibidem, p155.

objetiva passou a formar o componente causal e a subjetiva o componente final, de forma eu o segundo dominaria e dirigiria o primeiro”³⁹³.

Passa a vigorar o entendimento de que o Direito Penal não se preocupa apenas com o desvalor do resultado de uma ação, mas principalmente com o próprio desvalor da ação, de forma a buscar a proibição, em um primeiro plano, de ações que visam atingir os bens jurídicos mais importantes, caracterizando-se os delitos dolosos. Em um segundo momento o Direito Penal proíbe ações finais que, mesmo não visando o resultado final indesejável, acabaram por produzi-lo devido a uma falta do dever jurídico de cuidado. Determina, ainda, o dever de agir em determinadas situações como forma de buscar a proteção dos bens jurídicos, caracterizando os delitos omissivos³⁹⁴.

Ao se separar o conhecimento da ilicitude do dolo, deixando o primeiro na culpabilidade e transferindo o dolo para o fato típico, eliminou-se a noção de *dolus malus*, existente, até então, na concepção neokantiana, e passou a entender o dolo como sendo composto por um elemento intelectual, caracterizado pela previsão, e um elemento volitivo, caracterizado pela vontade³⁹⁵. Ao passo, que, separando-os, surge a teoria normativa pura da culpabilidade, composta somente pelo os elementos, imputabilidade; exigibilidade de conduta diversa; e potencial consciência da ilicitude. E as teorias do dolo, dessa forma, perdem a sua funcionalidade, de forma a serem substituídas pelas teorias da culpabilidade³⁹⁶. A culpabilidade, ainda, se presta a analisar o grau de reprovabilidade da conduta, verificando a necessidade de uma maior ou menor reação estatal, de forma a servir, também, como limite da pena, que deve ser proporcional a reprovabilidade da conduta.

Pensado nos caminhos que o dolo e a culpa percorreram nas teorias jurídicas do delito, as definições do erro de fato e erro de direito foram recebidas até o movimento neokantiano, onde o erro de fato seria na definição de Asúa, “o erro que impede ao sujeito ativo lograr a representação real do acontecimento”³⁹⁷.

Já o erro de direito é a ignorância da lei ou a sua má compreensão. Francesco Antolisei define-o como sendo o “que consiste na completa ignorância desta, seja o que consista numa inexata consciência (errônea interpretação)”. Há uma similitude entre os ordenamentos jurídicos na questão dos efeitos do erro de direito: em regra não se lhe atribui exclusão de responsabilidade penal, daí o uso das expressões latinas *error jus nocet e error vel ignorantia*

³⁹³ BITENCOURT, César Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa, p25.

³⁹⁴ TAVARES, Juarez. Teoria do Crime culposo. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p46-47.

³⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. Cit, p105.

³⁹⁶ As teorias serão tratadas no capítulo IV nos itens 5.3.4 e 5.3.5.

³⁹⁷ JIMENÉZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Losada. 1962, p329. *Apud.* BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p269.

jus non excusat. A norma da absoluta inescusabilidade do erro de direito não é originária do direito romano, mas do direito canônico, que “proclamou a regra gera: *ignorantia facti, non iuris excusat*”,³⁹⁸.

Há três posições doutrinárias para fundamentar esse princípio. A primeira posição se baseia na obrigação de conhecer a lei, fundamentando-se numa presunção *juris et de jure*. Para o ordenamento jurídico, através de uma ficção legal, presumir-se-ia o pleno domínio do conhecimento das leis penais, sem que se admitisse prova em contrário³⁹⁹.

A segunda posição, defendida pelo jurista Vincenzo Manzini, fundamenta o princípio *erro jus nocet* no dever cívico do conhecimento da lei. Havendo a obrigatoriedade de o Estado tutelar juridicamente todos os cidadãos e as outras pessoas que vivem no seu território, exige-se a obrigação cívica de conhecer a lei, como uma correspondência à obrigação cívica de conhecer a lei, como uma correspondência à obrigação do Estado. O sujeito não pode invocar o desconhecimento da lei porque feriu o próprio dever de conhecê-la, devendo assumir o risco da própria ignorância⁴⁰⁰.

A terceira posição funda o princípio *error vel ignorantia non excusat* numa necessidade política. Afirma-se que o Poder Judiciário encontraria muitos percalços, os quais impediriam o seu funcionamento, se pudesse invocar que a conduta foi realizada em virtude do desconhecimento da lei. Por isso, o erro de direito jamais escusa. É de boa política que presuma no cidadão o conhecimento da lei penal, o que, aliás, é dever de todos⁴⁰¹.

³⁹⁸ ANTOLISEI, Francesco. Manuale di diritto penale. Ob. Cit, p215. *Apud.* BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p271.

O Direito Penal Canônico é o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana, e a primeira consolidação de suas normas e regras se deu por volta do ano de 1140, por decreto de Graciano. Inicialmente, teve caráter meramente disciplinar, destinando-se apenas aos seus membros. Aos poucos, com a crescente influência da Igreja e enfraquecimento do Estado, estendeu-se aos religiosos e leigos, desde que os fatos tivessem conotação religiosa. Serviu-se do procedimento de inquisição: início de ofício, utilização de tortura e penas cruéis. Nada obstante predominasse à época o caráter retributivo da pena, no Direito Penal canônico a pena se dirigia à cura do delinquente, à sua recuperação, pois se destinavam ao seu arrependimento perante a divindade. Contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, principalmente no tocante à reforma do criminoso. Do vocábulo “penitência” derivam os termos “penitenciária” e “penitenciário”. O cárcere, como instrumento espiritual de castigo, foi desenvolvido pelo Direito Canônico, uma vez que, pelo sofrimento e pela solidão, a alma do homem se depura e purga o pecado. A penitência visava aproximar o criminoso de Deus. MASSON, Cléber. Ob. Cit, p64-65.

O Direito Canônico trouxe um cenário mais tolerante, tanto no erro de fato quanto no erro de direito. Todavia, com a retomada do Direito Romano pelos glosadores, as antigas hipóteses de erro voltam a ser difundidas pela Europa. Nesse processo, o erro de direito acaba sendo novamente suprimido, o que restaria consagrado nas futuras codificações, do Iluminismo em diante. TOLEDO, Francisco de Assis. O erro no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1997, p32-33; NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no Direito Penal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p90.

³⁹⁹ BRANDÃO, Cláudio. Ob. Cit, p 271.

⁴⁰⁰ MANZINI, Vincenzo. Trattato di diritto penale italiano. Torino: Unione Tipografico, 1950, p19. *Apud.* BRANDÃO, Cláudio. Ob. Cit, p271.

⁴⁰¹ CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal. Ob. Cit, p196. *Apud.* BRANDÃO, Cláudio. Ob. Cit, p272.

Por fim, o professor Cláudio Brandão trata que no pretérito direito brasileiro, a parte geral do Código Penal de 1940 não contemplava o erro de proibição, contemplando apenas o erro de direito. Assim dispunha o código: “art. 16 – A ignorância ou errada compreensão da lei não eximem de pena”. Todavia, para fazer justiça em casos concretos, onde a aplicação da pena feriria o princípio da culpabilidade, a jurisprudência da época já reconhecia a insuficiência do instituto do erro de direito e excluía a culpabilidade, mesmo sem a existência de norma penal expressa, pois o erro de proibição só se tornou direito positivo no Brasil com a reforma da parte geral, introduzida pela Lei nº 7.209/84⁴⁰².

Em resumo, vale ressaltar que, a ideia do erro sempre esteve presente de alguma forma nas normas, desde o desenvolvimento da sociedade, onde sua classificação se pautava em erro de fato e erro de direito até o moderno Direito Penal, cuja alteração da nomenclatura erro de fato e erro de direito altera-se para erro de tipo e erro de proibição com o advento do sistema finalista de Hans Welzel. Assim, decorrendo da nova percepção quanto à incidência dos erros, de forma que, não se alteram apenas os nomes, mas também os conceitos.

Francisco de Assis Toledo justifica a mudança quando diz:

Que, por não incidir, necessariamente, o erro de fato sobre as circunstâncias fáticas e pelo o erro de direito não incidir sempre sobre a existência ou sobre a compreensão de normas ou relações jurídicas. Com isso, ficaria escancarada a inocência dessa situação. Sustenta o autor também que o erro de direito não pode ser dissociado de uma situação fática, uma vez que o direito se refere impreterivelmente a fatos e, com isso, faz com que questões de fato se tornem questões de direito. Quer dizer, o fático e o jurídico são indissociáveis e tratá-los como conceitos opostos distancia o conceito do erro da prática do Direito⁴⁰³.

A fim de exemplificar o exposto, utiliza-se do conceito de “coisa alheia”. Percebe-se que não é possível delimitar em que esfera ele está presente, sendo assim, resta inviável aferir se estaria diante de um erro de Direito Penal ou de um erro de direito extrapenal, o que exclui a responsabilidade criminal, ou pior, se não é o caso de um conceito híbrido que pode repousar tanto sobre o Direito Penal quanto outro Direito. A relevância do erro de direito dependeria de fato acidental, qual seja, estar ou não incluído pelo legislador no Direito Penal e não fora dele, sendo, portanto, insuficiente à bipartição entre erro de fato e erro de direito⁴⁰⁴.

. E caberá no próximo tópico a exposição do instituto ora observado nas “teorias do dolo” (extremada e limitada) e, também nas “teorias da culpabilidade” (extremada e limitada). Cujo, estas últimas passam a ser analisadas sob os conceitos de erro de tipo e erro de proibição.

⁴⁰² BRANDÃO, Cláudio. Ob. Cit, p272.

⁴⁰³ TOLEDO, Francisco de Assis. O erro no direito penal. São Paulo: Saraiva. 1997. p39.

⁴⁰⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. p296.

5.2. O tratamento jurídico penal do erro nas teorias do dolo e da culpabilidade

Devido o desenvolvimento dos conceitos de dolo e culpabilidade, o erro sobre a consciência da ilicitude tomou grandes proporções, conseqüentemente adquirindo relevância penal. Dessa maneira, o que será trabalhado a partir de agora é o erro sob a égide do período finalista em que se adota a nomenclatura do erro de tipo e erro de proibição e, realizar-se-á uma análise das teorias do dolo e da culpabilidade, a fim de contextualizar, sobretudo, das especificações do erro sobre a ilicitude da conduta no Direito Penal Econômico. E sob essa concepção surgiram várias correntes.

Dentro da concepção do dolo, temos as chamadas “teoria extremada do dolo⁴⁰⁵”, “teoria limitada do dolo” que abordam a questão do erro de maneira divergente, propondo cada qual conseqüências jurídicas distintas. Por fim, surge a concepção da culpabilidade, calcada na “teoria extremada da culpabilidade” e “teoria limitada da culpabilidade”, das quais divergem, basicamente, sobre o tratamento que se dá ao erro sobre uma causa de justificação e que a doutrina buscou-se a desenvolver e que passam a ser objeto de análise agora.

5.2.1. Teoria extremada do dolo

As teorias do dolo tiveram sua origem na Alemanha. As construções doutrinárias sobre elas derivam da posição do antigo *Reichsgericht*, o alto tribunal do império alemão. A teoria extremada do dolo foi defendida por Karl Binding e parte da premissa de que o conhecimento da ilicitude é um elemento integrante do dolo, sendo o seu conhecimento necessário para imputar um delito a título de dolo. Desse modo, o conhecimento de qualquer outro elemento, como os descritivos ou normativos, devendo, portanto, ser sempre atual e presente, sem o qual, ressalta-se, não poderá configurar um delito doloso⁴⁰⁶. Pois, *dolus* significa reprovar ao autor do fato porque não se deteve ao saber que agia antijuridicamente⁴⁰⁷.

Para quem adota esta teoria, na culpabilidade se exige algo além da vontade do agente, ou seja, visualizava-se na culpabilidade um juízo de reprovação sobre a vontade má. O agente do crime precisa decidir-se entre o lícito e o ilícito. O dolo fica localizado na culpabilidade e, por conseguinte, a consciência da ilicitude fica no dolo. Nesse sentido, conforme a posição do dolo está na culpabilidade, este será considerado como *dolus malus*, por haver a vontade, a

⁴⁰⁵ Também conhecida como teoria estrita do dolo ou teoria extrema.

⁴⁰⁶ NAVES, José Paulo Micheletto. Ob. Cit, p93.

Esta concepção também foi defendida por Nagler e Mezger. Este último, posteriormente, veio a desenvolver a teoria limitada do dolo.

⁴⁰⁷ VON BELING, Ernst. Esquema de derecho penal – la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Depalma, 1944, p72. *Apud*. BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p242.

previsão do resultado e o conhecimento atual de que se realiza uma conduta proibida. É o que a doutrina chama de dolo normativo.

No entanto, a falta do conhecimento (atual) da antijuridicidade, qualquer que seja sua causa ou origem, determina a ausência do dolo e, assim, a impossibilidade de impor a pena correspondente à realização dolosa do delito em questão⁴⁰⁸. Equiparando-se, dessa forma, o erro de tipo com o erro de proibição. Ou seja, qualquer erro quer seja de tipo, quer seja de proibição, exclui o dolo. Pelo erro de tipo, exclui-se a vontade de praticar o fato típico e antijurídico, excluindo-se, portanto, o elemento psíquico do dolo; pelo erro de proibição exclui-se a consciência da antijuridicidade, excluindo-se, portanto, o elemento normativo do dolo⁴⁰⁹. A consciência da antijuridicidade exigida aqui é a real. O infrator precisa efetivamente saber que dirige sua vontade a uma ação antijurídica. Por outro lado, embora o erro jurídico sempre exclua o dolo, é possível a punição na forma culposa, desde que haja previsão legal.

Veja-se a lição de Francisco de Assis Toledo, quando diz:

Pode-se afirmar que para os seguidores da teoria extremada, quem realiza um fato previsto como crime, embora queira realizá-lo e saiba das consequências almejadas de seu ato, não agirá com dolo se, a um só tempo, não atuar com o conhecimento, no mesmo momento de seu agir (consciência atual), de que realiza algo proibido (antijurídico). Se faltar ao agente esse conhecimento atual, apesar de ter querido e feito o que fez, o fato não terá sido doloso, porque o seu causador voluntário agiu “cegamente”, isto é, não teve oportunidade de eleger entre o lícito e o ilícito⁴¹⁰.

Contudo, essa teoria perdeu adeptos devido às críticas que recebeu e às dificuldades de sua aplicação prática, sendo mencionada na maioria da doutrina mais pelo seu valor histórico do que pela adesão dos autores. O fato de haver a equiparação de todas as formas de conhecimento que compõe o dolo passa a se tornar uma crítica, haja vista que o conhecimento sobre os elementos do tipo estaria vinculado a um dolo natural, muito distinto do conhecimento sobre a antijuridicidade, que se localiza em uma esfera sistemática distinta e com outra função político-criminal. Nesse sentido, não seria admissível que distintas situações possuíssem consequências jurídicas idênticas⁴¹¹.

Outra crítica é referente à adoção de critérios psicológicos para diferenciar os tipos de conhecimentos. Os conhecimentos dos elementos do tipo, em regra, são perceptíveis por meio de um ato visual de um objeto, nos elementos descritivos, ou por meio de uma percepção do

⁴⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p25.

⁴⁰⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*, p242.

⁴¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Teorias do dolo e teorias da culpabilidade: teorias extremadas e teorias limitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 566, ano 71. 1982, p271.

⁴¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Ob. Cit*, p25-28

significado jurídico-social do objeto, nos elementos normativos, ao passo que o conhecimento sobre a ilicitude exige uma reflexão psicológica mais intensa, reflexo de um processo de internalização e aprendizagem dos valores do entorno do agente⁴¹².

Em se tratando de político-criminal, a crítica passa pela exigência de um conhecimento atual da antijuridicidade da conduta, tornando-se extremamente improvável a sua comprovação em relação a todos os elementos constitutivos do tipo. Assim, passa-se a exigir uma demonstração empírica não alcançável. Nessa esteira, grande parte das punições seria culposa ou não se verificariam o que geraria grandes “lacunas de punibilidade”. Tem-se como exemplo as situações dos crimes passionais, nos quais normalmente os agentes possuem reações espontâneas sem consciência atual da sua ilicitude, ou com os crimes habituais, nos quais os autores já não veem mais a conduta criminoso como uma anormalidade da vida cotidiana, não representando mais o seu caráter ilícito⁴¹³.

5.2.2. Teoria limitada do dolo

A teoria limitada do dolo surgiu para tentar aperfeiçoar a anterior e superar referidas críticas. Na tentativa de suprir as falhas apontadas sobre a teoria extremada do dolo, foi Edmund Mezger que desenvolveu, especificamente em 1944, a teoria limitada do dolo, a qual possuía um viés mais utilitarista e prático e, em alguma medida, se inspirava no Projeto de Código Penal alemão de 1936, conhecido como Projeto Gurtner⁴¹⁴. Nesse projeto dispunha a seguinte norma: “atua dolosamente quem leva a cabo o fato com consciência e vontade, sendo consciente de fazer o injusto ou de infringir a lei [...]. O erro é relevante se se baseia e uma atitude que é incompatível com uma concepção sã de direito e injusto”⁴¹⁵. Além disso, afirma que existem distintos graus de culpabilidade, mesmo frente à teoria do dolo, não há, pois, sempre o dolo na forma normal de culpabilidade. Em regra, o dolo exige a consciência da antijuridicidade, mas em determinados casos ela é inexigível⁴¹⁶.

A teoria limitada do dolo também considera a consciência da antijuridicidade como elemento do dolo. A principal diferença em relação à teoria anterior é o fato de que a predisposição hostil ou a indiferença do autor frente ao direito não mais pode servir como salvaguarda e culminar em isenção de pena, agora o conhecimento da ilicitude exigido para a

⁴¹² *Ibidem*, p25-29.

⁴¹³ *Ibidem*, p25-27.

⁴¹⁴ ARIAS EIBE, Manuel José. El error em el derecho penal em el código de 1995. Madrid: Dykinson. 2007, p47. *Apud*. NAVES, José Paulo Micheletto. Ob. Cit, p94-95.

⁴¹⁵ CÓRDOBA RODA, Juan. El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito. Barcelona: Bosch. 1962. p108. *Apud*. BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p242.

⁴¹⁶ MEZGER, Edmund. La culpabilidade em el moderno derecho penal, p28. *Apud*. BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime, p243.

responsabilização do infrator é meramente potencial e atualizável, não exigindo mais ser atual e exato, além disso, se pela postura indiferente (“cegueira” ou “inimizade jurídica”) não sabia da ilicitude da conduta, mas poderia saber também será responsabilizado.

Nesta teoria buscou-se o fundamento numa necessidade da vida prática e, ainda, numa concepção de culpabilidade em que não só o fato, mas também a atitude observada pelo autor do fato durante toda sua vida em relação ao Direito constituem o objeto de reprovação de culpabilidade. É o que se costumou chamar de “culpabilidade pela condução da vida”⁴¹⁷.

Conforme dispunha Toledo, que acrescenta que nesta teoria, Mezger acrescentou a “culpabilidade pela condução de vida”, pretendendo superar falhas da teoria anterior, criaram-se novos problemas com a introdução da possibilidade de condenação do agente não por aquilo que ele faz, mas por aquilo que ele é daí derivando em linha reta um direito penal de autor de consequências imprevisíveis⁴¹⁸.

E mesmo diante desse fundamento, ocorre que a teoria limitada do dolo não supre os vícios da primeira teoria descrita. As suas críticas são formuladas, basicamente, as seguintes: o conceito de “cegueira” ou “inimizade jurídica” seria impreciso e inadequado para descobrir a atitude mais ou menos despreocupada que muitos delinquentes mostram ante as normas jurídicas; haveria incompatibilidade entre a culpabilidade pela condução de vida e a culpabilidade pelo fato; a teoria limitada não conseguiria superar as críticas formuladas à teoria extremada do dolo; incorreria na ficção de ter que equiparar ao conhecimento atual da antijuridicidade outros tipos de conhecimento não atuais, conscientes ou inconscientes, potenciais e presumidos; não poderia evitar lacunas de punibilidade que surgem da remissão, em caso de evitabilidade do erro, à forma de comissão imprudente do delito, que nem sempre é punível; e não pareceria a mais adequada para tratar corretamente os casos de erro de proibição vencível equiparando-os aos casos de erro de tipo vencível⁴¹⁹.

5.2.3. Teoria extremada da culpabilidade

Primeiramente, antes de adentrarmos nas teorias da culpabilidade cabe fazermos breves considerações iniciais. As teorias da culpabilidade estão vinculadas à teoria finalista da ação, separa ‘conhecimento do fato’ e ‘conhecimento do injusto do fato’, desse modo, a ‘consciência’ e ‘vontade’ do fato constituem o dolo, como elemento subjetivo geral dos crimes dolosos; a consciência do injusto é o elemento especial da culpabilidade, como fundamento concreto do juízo de reprovação. A separação entre conhecimento do fato e

⁴¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. p33.

⁴¹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. p283.

⁴¹⁹ Ibidem, p33.

conhecimento do injusto do fato determina a distinção entre erro de tipo, que exclui o dolo, e erro de proibição, que exclui ou reduz a reprovação, uma necessidade lógica da estrutura dos conceitos de dolo e culpabilidade⁴²⁰.

O finalismo impôs a substituição do conceito de ação característico pela causalidade pelo conceito de ação final, cuja essência estabelece que os indivíduos direcionem sua conduta a partir da intencionalidade ou na finalidade, baseando-se em uma estrutura lógico-objetiva que justifica a possibilidade de culpabilidade. Não se trata mais, portanto, de uma relação de não adequação fática entre o comportamento e o ordenamento jurídico.

Ao se tratar o dolo e o conhecimento da antijuridicidade separadamente, deduz-se uma importante conclusão, no sentido de que, se possuem naturezas distintas, podem ser tratadas de maneiras também distintas, não requerendo o mesmo grau de consciência. Diante disso, o conhecimento da antijuridicidade não precisa ser atual, mas meramente potencial, sendo suficiente que o sujeito tenha tido a possibilidade de conhecer o caráter antijurídico de seu fato, ainda que no caso concreto não tivesse realmente esse conhecimento⁴²¹.

A partir dessa concepção, consolida-se um Direito Penal calcado no princípio da culpabilidade, que se fundamenta na liberdade de vontade do agente, pressupondo um “poder agir de outro modo”. No estudo do erro, essa premissa se torna indispensável, dado que só sob essa ótica é possível compreender a sua extensão e o porquê da sua escusabilidade⁴²². Nesse contexto, desenvolvem-se as chamadas teorias da culpabilidade, em oposição às teorias do dolo.

A teoria extremada da culpabilidade⁴²³ foi desenvolvida pela doutrina finalista, tendo como representante Hans Welzel, na qual, situa a consciência da antijuridicidade como elemento autônomo da culpabilidade. Isto é, essa teoria separa o dolo, no seu aspecto puramente psicológico – dolo natural –, é transferido para o injusto, passando a fazer parte do tipo penal. A consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa passam a fazer parte da culpabilidade, num puro juízo de valor. A culpabilidade passa a ser um pressuposto básico do juízo de censura. Dolo e Consciência da antijuridicidade são, portanto, para a teoria extremada da culpabilidade, conceitos completamente distintos e com diferentes funções dogmáticas⁴²⁴.

⁴²⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. p297.

⁴²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. El error en Derecho Penal. p34.

⁴²² TOLEDO, Francisco de Assis. O erro no direito penal. p19.

⁴²³ Também conhecida como teoria rigorosa ou estrita da culpabilidade.

⁴²⁴ BITENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal. Parte geral. p1132.

Sustenta-se que todo o erro sobre a antijuridicidade da conduta deve ser tratado como erro de proibição. Isso abrange tanto quando o agente crê, equivocadamente, existir uma causa de justificação que não está na realidade, prevista em lei, quanto quando o sujeito ativo vai além dos limites jurídicos permitidos e até mesmo quando erra sobre os pressupostos objetivos da causa existente.

Os efeitos do erro agora, com essa nova estrutura da conduta punível, dependerão do seu objeto. Se o erro incidir sobre o elemento intelectual do dolo, a previsão, certamente o excluirá, chamando-se erro de tipo, por recair sobre um dos elementos constitutivos do tipo penal. No entanto, se, nas circunstâncias, o erro incidir sobre a potencial consciência da ilicitude, o dolo continuará intacto, afastando, porém, a culpabilidade, uma vez que aquela é elemento constitutivo desta. Esse erro sobre a ilicitude chama-se erro de proibição. Essa nova concepção, que altera profundamente a estrutura do crime, traz consigo importantes consequências nos efeitos jurídicos das duas novas formas de erro⁴²⁵.

No erro de tipo, o erro vicia o elemento intelectual do dolo – a previsão –, impedindo que o dolo atinja corretamente todos os elementos essenciais do tipo. Daí por que essa forma de erro exclui sempre o dolo, que agora está no tipo, e não na culpabilidade. Porém, a exclusão do dolo, que é elemento estrutural da ação típica, deixa intacta a culpabilidade, permitindo a configuração do crime culposos, quando evitável, se houver previsão legal⁴²⁶.

No erro de proibição, a consequência é outra. Ele anula a consciência da ilicitude, que agora está na culpabilidade. Logo, o erro de proibição, quando inevitável, exclui a culpabilidade. E, como não há crime sem culpabilidade, o erro de proibição, inevitável, impede a condenação, a qualquer título (dolo ou culpa). Se o erro de proibição for evitável, atenua a pena, mas condenação se impõe sem alterar a natureza do crime doloso⁴²⁷.

A consciência da antijuridicidade exigida será sempre potencial. Ou seja, não se vai indagar se o agente tinha efetivamente esta consciência, mas se fará um juízo pessoal sobre o sujeito, para aferir se ele tinha naquelas determinadas circunstâncias do conhecimento da ação típica e antijurídica, a possibilidade de ter o conhecimento do injusto⁴²⁸. Já a falta de consciência da antijuridicidade não excluirá o dolo, porque o dolo esgota-se com o querer objetivo do tipo. Contudo, a inconsciência da antijuridicidade excluirá a culpabilidade, posto

⁴²⁵ *Ibidem*. p1132-1133.

⁴²⁶ *Ibidem*. p1133.

⁴²⁷ *Ibidem*. p1133-1134.

⁴²⁸ BRANDÃO, Cláudio. Inconsciência de antijuridicidade – sua visão na dogmática penal e nos tribunais brasileiros In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. vol 41. nº 1. p 251-296. Coimbra. 2000. p287-288.

que como o dolo esgota-se com vontade e previsibilidade, a consciência da antijuridicidade passa a ser, ao lado da imputabilidade, a própria da culpabilidade.

5.2.4. *Teoria limitada da culpabilidade*

Partindo das mesmas premissas da teoria extremada da culpabilidade, os fundamentos e as colocações da teoria limitada da culpabilidade coincidem em boa parte, porém, a teoria limitada e extremada da culpabilidade diverge apenas no tocante à natureza jurídica das discriminantes putativas sobre a situação fática.

A teoria limitada da culpabilidade defende que é necessário diferenciar essas situações e lhe outorgar um tratamento diferenciado. Assim, o erro sobre a existência ou limites de uma causa de justificação deve ser tratado como um erro de proibição, da mesma maneira que sustenta a teoria extremada da culpabilidade. No entanto, o erro sobre os pressupostos objetivos da causa de justificação deve ser tratado como erro de tipo e, portanto, em caso de vencibilidade, acarretar a responsabilidade por eventual delito na forma culposa.

Segundo Muñoz Conde, isso se justifica porque há uma fidelidade maior ao direito por parte do sujeito que erra apenas sobre os pressupostos objetivos da causa excludente da ilicitude, se comparado àquele que erroneamente acredita que existe uma causa de justificação. Ademais, verifica-se que, no erro sobre os pressupostos e no erro de tipo, há uma imprudência na conduta e faz-se justiça material, corrigindo as distorções da rígida concepção da teoria extremada da culpabilidade⁴²⁹.

Portanto, para a teoria limitada, há que se distinguir, no particular, o erro que recai sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação. Considera-se que ocorre um erro de tipo permissivo, que tem o mesmo efeito do erro de tipo, ou seja, exclui o dolo, mas permite punição na forma culposa, se prevista em lei, conforme previsto no art. 20, § 1º CP - “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”⁴³⁰, e outra que recai sobre existência ou os limites da causa de justificação. Configurando-se o erro de proibição indireto/permissivo.

Nesse sentido, podemos afirmar que no erro de proibição, a pessoa acerta no fato e erra no direito e no erro de tipo a pessoa acerta no direito e erra no fato e é justamente isso que acontece no erro de tipo permissivo, pessoa representa mal o fato, mas corretamente o direito, e assim tanto na hipótese de errônea representação da situação típica quanto da

⁴²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. El error en Derecho Penal. p41-42.

⁴³⁰ O Código Penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, conforme depreende o art. 20, §1º.

situação justificante haverá a exclusão do dolo e eventual punição pela modalidade culposa, caso verificado que o erro da representação surgiu da verificação imprudente da realidade.

Ocorre que, apesar de a teoria limitada da culpabilidade ter uma maior aceitação por parte da doutrina, por se mostrar ser mais hegemônica e difundir o erro em razão da superação das lacunas punitivas, e pelo fato de as teorias do dolo tornar a comprovação da consciência da antijuridicidade inviável, ela também está passível de críticas.

A primeira delas está relacionada ao possível aumento extremado da punibilidade, mesmo considerando a redução da reprovabilidade, ainda mais se ela for facultativa. Além disso, o fato de a teoria da culpabilidade constituir um modelo misto entre a total irrelevância do erro de proibição e as teorias do dolo, pode resultar em um isolamento do instituto na legislação, como se verificou na jurisprudência alemã logo da sua implementação, dado que se colocam tamanhas exigências que inviabilizam a sua prática, ainda mais se for facultada ao magistrado a aplicação de eventual redução da pena⁴³¹.

A crítica mais relevante que interessa ao objeto do trabalho e que é levantada pela doutrina é a considerável chance de confusão entre o dolo e o conhecimento da ilicitude em alguns delitos por serem, do ponto de vista psicológico, dificilmente diferenciáveis, principalmente quando se verificam elementos normativos do tipo, os quais requerem a extração do seu significado jurídico. O mesmo poderia ser dito sobre as ocasiões em que estão presentes os elementos de valoração global do fato. Ainda mais complicados são os casos em que o tipo é aberto, de delitos imprudentes ou de delitos comissivos por omissão, em especial na determinação da posição de garante. Em todos esses casos, é possível que consequências jurídicas completamente distintas sejam atribuídas a casos semelhantes, demonstrando, eventualmente, uma grande inconsistência na teoria em questão⁴³².

No tocante às teorias da culpabilidade, independente de qual se adote, Francisco de Assis Toledo entende que as suas transformações no conceito de erro, em relação àquele existente no âmbito das teorias do dolo, são muito expressivas. Entende-se que as teorias da culpabilidade são mais adequadas a “natureza das coisas”, relegando esquemas de difícil utilização prática para abarcar situações incontornáveis e insolúveis da vida jurídica. A culpabilidade sem os elementos anímicos transforma-se em eficiente mecanismo de concreção

⁴³¹ *Ibidem*. p38.

⁴³² *Ibidem*. p38-40.

jurídica, oferecendo soluções mais adequadas às situações individuais, afastando o conceito de homem médio⁴³³.

5.3. O erro de proibição

Para compreensão do leitor, como o capítulo se preocupa em trazer os estudos do erro de proibição no Direito Penal Econômico, se fará algumas considerações sobre o instituto do erro em questão, conforme a doutrina os menciona. Por fim, chegaremos ao objeto de análise deste trabalho, onde será abordado o erro de proibição mais especificamente ao Direito Penal Econômico.

Para entendermos a evolução histórica do erro na ciência penal, se trará uma sintática preocupação dos estudiosos com relação à lei penal, até porque a história do Direito Penal é profundamente complexa, cheia de avanços e retrocessos, o que demandaria um estudo peculiar e de difícil elaboração, levando-se a análise de diferentes culturas, e organizações sociais que se alteram e evoluem ao longo dos tempos, fazendo com que a própria ciência penal se amolde aos novos interesses, não ficando estática no tempo.

No despertar da ciência penal, como já se sabe, quando se falava em responsabilizar aqueles que vinham a lesar o ordenamento jurídico, não se levava em consideração ao se aferir a responsabilidade do autor do delito, a presença de qualquer elemento subjetivo. Os elementos consciência e vontade, conforme já dito, era irrelevante. Constatava-se um direito penal objetivo, havendo relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo, estaria, em regra, estabelecida a responsabilidade do agente perante o direito penal. Dentro dessa concepção, era totalmente irrelevante qualquer construção científica sobre a teoria do erro, sendo este irrelevante na análise objetiva do delito.

Diante dessa patente injustiça, muitos estudiosos passaram a procurar uma forma de trazer para a estrutura do delito a análise da intenção do agente ao praticar o crime. Afastando-se, definitivamente, o direito penal meramente objetivo, promovendo, dessa maneira, até o próprio estudo do erro.

O tratamento do erro no direito penal sempre dividiu opiniões dos mais diversos estudiosos penalistas. A razão está na evolução da teoria do crime, com o conteúdo da culpabilidade e sua natureza jurídica na estrutura do delito. No presente estudo, vamos demonstrar a importância que o instituto do erro tem sobre a responsabilidade penal.

Iniciam-se os estudos com um conhecido brocardo, ‘errar é humano’. Logo, não poderia, pois a ciência do Direito, que se situa entre as que têm por objeto fatos humanos,

⁴³³ TOLEDO, Francisco de Assis. O erro no direito penal. p27.

deixar de ocupar-se seriamente com tal fenômeno⁴³⁴. Para Carnelutti, o erro é um processo psíquico, que incide sobre a formação da vontade⁴³⁵.

O autor considera que o processo psicológico que forma a vontade pode ser dividido em três fases. A primeira delas é a representação mental da situação pelo agente, acarretando uma antecipação do evento no plano da fantasia; A segunda fase pressupõe a existência da primeira e consiste em eleger as representações idôneas a fazer o agente prosseguir no seu processo mental. Segundo seu equilíbrio psicológico, o agente distingue as representações atraentes, indiferentes e repulsivas (..); A terceira fase é a conclusão do processo volitivo. Consiste num juízo com relação ao resultado da ação e, em outras palavras, chama-se previsão. Tal juízo completa o referido processo, posto que ele possa abortar o desiderato. O erro, para Carnelutti, incide sobre a terceira parte do processo de formação de vontade, que é a previsão do fato. Essa incidência vicia o processo volitivo, ocasionando sua anormalidade. Num agir viciado pelo erro não há a previsão das consequências do fato, posto que o juízo que o agente deveria fazer a respeito dele não é um juízo real, mas, como é evidente, é um juízo errôneo⁴³⁶.

O tema do erro envolve os conceitos de ação, tipo, antijuridicidade e culpabilidade. Por exemplo, todo erro não prescinde da ação humana, porque o direito penal há muito abandonou a responsabilidade objetiva, onde até os animais eram processados e castigados, para debruçar-se só sobre as condutas do homem. Não prescinde, igualmente, da tipicidade, posto que o erro de tipo é uma falta ou ausência de conhecimento sobre os dados, quer fáticos, quer normativos, que estão expressos no tipo penal. Não prescinde da antijuridicidade, porque o erro de proibição é a falta de consciência da mesma. Não prescinde da culpabilidade, visto que o erro é uma causa de inculpabilidade. Por esse motivo é pacífico na doutrina que a temática do erro é um dos problemas “mais complexos e obscuros de todo o direito penal”⁴³⁷.

Em direito penal, o erro significa tanto uma ausência de conhecimento sobre algum objeto quanto uma falsa representação do mesmo, essa classificação deriva da relação entre a realidade e a representação. No primeiro caso (ausência de conhecimento), há uma divergência qualitativa entre o fato e a realidade; no segundo caso (falsa representação), há uma divergência quantitativa entre o fato e a realidade. No entanto, não se confunde este com

⁴³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. O erro no direito penal. p1. “Um dos mais difundidos adágios expressa, em língua latina, verdade que cada um pode constatar em sua própria experiência existencial: *errare humanum est*. Errar é humano, ou melhor, é um atributo do homem, faz parte da natureza humana.”

⁴³⁵ CARNELUTTI, Francesco. Teoria Generale del Reato. Padova: CEDAM. 1933. p166; BRANDÃO, Cláudio. Inconsciência de antijuridicidade – sua visão na dogmática penal e nos tribunais brasileiros In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p251.

⁴³⁶ Ibidem. p251-252.

⁴³⁷ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. p265-266.

a ignorância, que é a ausência total de qualquer conhecimento. Expressa a ignorância um estado negativo, uma ausência total de percepção, enquanto o erro exprime um estado positivo: o agente conhece, mas de forma errônea⁴³⁸.

Importante esclarecer que, em que pese à divergência entre os conceitos, prosperou na ciência penal a tese unificadora, segundo o qual, é indiferente a distinção conceitual entre erro e ignorância, dado que do ponto de vista da ciência, ambos têm as mesmas consequências. Segundo Luiz Flávio Gomes, no Código Penal brasileiro, “o ‘erro’ e ‘ignorância’ quase sempre se equivalem, assim, quando se faz referência ao erro (por exemplo, no art. 20, caput; art. 21, CP) está também se referindo à ignorância. O erro em suma, resulta de uma ausência ou falha de raciocínio”⁴³⁹.

O novo conceito de erro penal adveio da teoria finalista da ação. Nesta nova concepção, não mais se admitem as antigas linhas definidoras dos institutos do erro de fato e erro de direito, nascidas com o direito romano. Na exposição de motivos do Código Penal, reformulado pela lei 7.209/1984, é notório a influencia da teoria finalista quanto ao tratamento do erro, conforme *in verbis*: “É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar com toda a 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 e erro sobre a ilicitude do fato. Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude, mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade”⁴⁴⁰.

Conforme vimos, o legislador fez uma decisão acertada quanto ao erro do direito penal apoiada na teoria finalista, e tal decisão foi determinante para reestruturar e redefinir as consequências jurídicas advindas de uma ação eivada de erro. César Roberto Bitencourt expõe a influência desta nova conceituação, dispondo:

Assim, o erro jurídico-penal, independentemente de recair sobre situações fáticas ou jurídicas, quando inevitável, será relevante. Não há, na verdade, coincidência entre os velhos e os novos conceitos. Mudou toda a sistemática. A ultrapassada classificação de erro de direito e erro de fato baseava-se na situação jurídica e na situação de fática. A problemática, hoje, é diferente; enfoca-se outra questão: a tipicidade e a antijuridicidade (ilicitude). Ou seja, o erro pode recair sobre a tipicidade ou sobre a antijuridicidade⁴⁴¹.

⁴³⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. O erro no direito penal. p4.

⁴³⁹ GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. p24.

⁴⁴⁰ Exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal, Lei 7.209/1984.

⁴⁴¹ BITENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal. Parte geral. p1120-1121.

Estudar o instituto do erro de proibição, presente no art. 21 do Código Penal⁴⁴² é importante, uma vez que a sua incidência é capaz de afastar completamente a culpabilidade do indivíduo. Porém, delimitar o objeto do erro de proibição é de suma importância e ao mesmo tempo necessário. A sua discussão parte da divergência existente entre o desconhecimento da lei e desconhecimento da ilicitude de uma ação, onde ambas são tratadas de maneira distintas, conforme segundo Cezar Roberto Bitencourt explica:

O desconhecimento da ilicitude de uma ação e o desconhecimento de uma norma legal possuem caráter totalmente diverso. Afirma que o desconhecimento (a ignorância) da lei se refere a aplicação da norma, de forma que, através de uma ficção jurídica, é presumida como conhecida. O erro de proibição, por outro lado, se refere à culpabilidade, de forma a possuir um aspecto diferente do anterior. Dessa maneira coloca-se, em um ponto, a norma, em abstrato, como válida e eficaz para todos, e em outro ponto a atitude concreta do indivíduo sobre a qual recairá a consciência da ilicitude. Nesse sentido, ao se tratar a respeito da ignorância da lei e da ignorância da antijuridicidade, expõe: ‘a diferença reside em que a ignorância da lei é o desconhecimento dos dispositivos legislados, ao passo que a ignorância da antijuridicidade é o desconhecimento de que a ação é contrária ao direito’⁴⁴³.

Dentro desse cenário, ainda é possível que o agente possua conhecimento das leis e não possua conhecimento da ilicitude do fato, assim como é possível que o agente reconheça que sua atitude é ilícita sem conhecer a lei penal. Dessa forma, observa-se que na segunda ocasião o agente não pode se ‘beneficiar’ do erro de proibição pelo mero desconhecimento da norma, uma vez que conhecia a ilicitude de seu ato. Pode também ocorrer de, em razão de desconhecimento da lei, o agente não possuir conhecimento da ilicitude de seu ato, caso em que se observa o erro de proibição. Dessa maneira, a doutrina aponta surgir um problema em relação a certas condutas que escapem através de uma possível ‘vala’ do erro de proibição por ser fruto de uma conduta que o agente, levemente, desconhecia da ilicitude.

Como forma de solucionar esse problema a doutrina apresenta algumas soluções. Primeiramente, entende que não pode o agente aproveitar-se dos benefícios do erro quando o mero esforço intelectual do agente permitiria que esse, através de seus conhecimentos adquiridos pela vida em comunidade, percebesse que sua conduta era ilícita. Também compreende que não poderia o agente beneficiar-se da propositada falta de instrução como forma de evitar possuir o conhecimento de que pratica ato ilícito. Por último, afirma que

⁴⁴² **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. **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.

⁴⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p138-139.

também não aproveita ao agente o erro decorrente de uma falta de informação conveniente para o exercício de atividades regulamentadas⁴⁴⁴.

Portanto, o erro de proibição está relacionado com a falta de consciência de antijuridicidade. O erro de proibição é o erro quanto ao caráter proibido do fato, portanto, é o erro sobre a antijuridicidade do comportamento. Ademais, a consciência da antijuridicidade é tomada na sua acepção material, que nada tem a ver com o desconhecimento da lei. É, portanto, uma imprecisão querer abranger o desconhecimento da lei no erro de proibição⁴⁴⁵.

Então, o erro de proibição é tido como a grande consequência da teoria finalista da ação. Quando a consciência da antijuridicidade, enquanto elemento autônomo do juízo de culpabilidade passou a ser a base de reprovação da mesma, ninguém pode ser declarado culpável sem a possibilidade de sua compreensão. Assim, a culpabilidade será excluída pela impossibilidade de compreensão do caráter ilícito do fato, ou, em outras palavras, pelo erro de proibição⁴⁴⁶.

Em suma, o erro de proibição é aquele produzido pelo sujeito que embora conheça todos os pressupostos típicos, por circunstâncias particulares suas, desconhece a proibição do fato, e não afeta o dolo nem a culpa, que são elementos da tipicidade, mas sim exclui a culpabilidade ou reprova mais ou menos culpabilidade do sujeito. Aproveita-se ainda para destacar que, no erro de proibição, a consciência da antijuridicidade não precisa ser atual, inequívoca e certa, como é no erro de tipo. Pelo contrário, basta ser potencial e não atual⁴⁴⁷.

5.4. Espécies do erro de proibição conforme a doutrina penal

O erro de proibição pode ser dividido de distintas formas, quais sejam, erro de proibição direto, e erro de proibição indireto e erro mandamental. Em todas elas o erro ocorrerá sobre normas, nas quais, são proibitivas e permissivas e que a partir deste momento, tratar-se-á dessas espécies com o intuito de tornar mais claro o instituto do erro de proibição.

5.4.1. Erro de proibição direto

O erro de proibição direto ocorre, quando o agente possui o conhecimento da conduta que pratica, mas não possui o conhecimento da norma jurídica ou então não conhece bem tal norma, de forma que a interpreta mal. Observa-se que tal erro não possui efeitos em relação ao dolo, necessitando apenas que o agente possua a consciência da conduta que pretende

⁴⁴⁴ Ibidem. p141.

⁴⁴⁵ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. p278.

⁴⁴⁶ Ibidem. p278-279.

⁴⁴⁷ A potencial consciência da ilicitude é um dos elementos da culpabilidade. Para ser imputada a pena é necessário que o agente tenha praticado o fato sabendo, ou tendo a possibilidade de saber, que sua conduta é proibida.

praticar e a vontade de praticá-la. Ressalva-se, ainda, a possibilidade de ocorrer o erro de proibição em crimes culposos, uma vez eu pode o agente, por exemplo, equivocarse em relação ao dever objetivo de cuidado que lhe é imposto em determinada situação⁴⁴⁸.

Além disso, também constitui erro de proibição direto o que versa sobre um elemento de valoração global do fato (espécie de remissão normativa do tipo penal econômico), na medida em que não se ache em jogo a figura típica, senão o juízo de valor referido a ela⁴⁴⁹.

5.4.2. *Erro de proibição indireto*

O erro de proibição indireto, também denominado erro de permissão, ocorre quando o agente supõe erroneamente existir uma proposição permissiva para a situação em que se encontra. Ocorre quando o agente se engana quanto a existência, limites, natureza ou requisitos de uma norma permissiva, de forma que o erro não incide em relação aos pressupostos fáticos, mas em relação a norma permissiva⁴⁵⁰. Isto é, a agente pensa que sua conduta está acobertada por uma causa de exclusão da antijuridicidade.

É imprescindível que se faça presentes na ligação com as teorias da culpabilidade. Para a Teoria Extremada, o erro sobre as discriminantes será sempre erro sobre a ilicitude. Quando se tratar da Teoria Limitada, há uma pequena diferença, quando o erro for sobre os pressupostos fáticos, será erro de tipo permissivo, quando tiver por objeto a existência ou os limites da norma permissiva, será erro de proibição indireto.

5.4.3. *Erro mandamental*

O Direito Penal não é composto apenas por normas proibitivas, mas também por normas imperativas, as quais impõem ao agente um dever de agir. O erro de mandamento ou erro de mandato que em determinados casos se aproxima dos erros de tipo, de forma que a doutrina diverge a respeito de tais erros a depender das circunstâncias, ocorre nos crimes omissivos, sejam eles próprios ou impróprios. No erro mandamental o agente possui a plena representação fática da situação, no entanto, acredita que não há norma que o obrigue a atuar diante daquela circunstância ou então que as normas existentes não se enquadram na situação que se apresente a ele⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa. p165.

⁴⁴⁹ JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Traduzido por Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada, Comares, 2002. p492.

⁴⁵⁰ Ibidem. p167-168.

⁴⁵¹ Ibidem. p166.

5.5. Erro de proibição escusável e inescusável

Em relação à escusabilidade⁴⁵² do erro quando nos deparamos sobre o problema do erro de proibição, que se traduz em uma falta de consciência de antijuridicidade, o primeiro questionamento que nos antolha é se alguém que cometeu um injusto típico incurso neste erro deve sofrer uma pena. Em outras palavras, o grande problema do erro de proibição é se ele comporta a exclusão de um juízo de reprovação sobre o autor pelo cometimento de um injusto típico⁴⁵³.

O erro de proibição escusável pode ser definido, conforme a doutrina, como aquele em que o agente, apesar do esforço da inteligência e dos ensinamentos hauridos na vida comunitária não consegue chegar a uma consciência da antijuridicidade relativamente ao fato praticado, desse modo, não pode incidir sobre o mesmo um juízo de reprovação ou de censurabilidade, excluindo-se a culpabilidade. Assim, sendo escusável, o art. 21 do Código Penal brasileiro determina a isenção da pena ao autor do crime.

Todavia, não há um critério fixo sobre a escusabilidade do erro de proibição, e isso se dá por uma razão simples: no caso concreto, cabe ao órgão julgador decidir se o agente tinha ou não consciência da antijuridicidade e, em não tendo, se poderia adquiri-la. Por isso não é possível fixar a exata linha divisória entre o erro escusável e o inescusável, devendo apenas fixar-se linhas gerais⁴⁵⁴.

No tocante à inescusabilidade⁴⁵⁵ do erro de proibição, este é tratado, segundo Welzel, quando o agente não conhece a antijuridicidade, mas pode informar-se sobre ela, diz-se que o erro de proibição é inescusável, pois “um erro evitável de proibição somente pode basear-se numa ausência de informação ou numa informação deficiente, quando as circunstâncias concretas dão ao autor motivo para isto”⁴⁵⁶. Ao revés da espécie anterior, não haverá exclusão da culpabilidade e, a conseqüente isenção da pena, mas, redução do *quantum* desta variando de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

De acordo com Zaffaroni, a evitabilidade (inescusabilidade) da compreensão da criminalidade da conduta deve se valorar sempre em relação ao sujeito concreto e suas circunstâncias, o que permite afirmar que devem estar presentes, pelo menos, três aspectos que são imprescindíveis para a sua correta valoração: a) se foi possível se valer de algum meio idôneo de informação; b) se a urgência na tomada de decisão lhe impediu de se informar

⁴⁵² Também se pode empregar a terminologia ‘invencível’ e ‘inevitável’.

⁴⁵³ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. p285-286.

⁴⁵⁴ Ibidem. p286.

⁴⁵⁵ Também se pode empregar a terminologia ‘vencível’ e ‘evitável’.

⁴⁵⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal aleman: parte general. p204.

ou refletir sobre a conduta; e c) se era exigível imaginar a criminalidade de sua conduta, o que não acontece quando, conforme sua capacidade intelectual, sua instrução ou treinamento, não tivesse motivos para presumi-la⁴⁵⁷.

Deve-se tomar em consideração, na análise da escusabilidade do erro de proibição, se qualquer sujeito prudente, nas mesmas condições intelectuais e culturais do autor, tinha ou não condições de compreender o caráter ilícito da sua conduta. Destarte, esse dever de compreensão deverá ser feito por uma comparação, porque, na medida em que seja possível que um sujeito, em iguais condições, possa ter consciência da antijuridicidade, estará caracterizada a reprovabilidade do fato, e o erro de proibição diz-se inescusável⁴⁵⁸. O erro de proibição vencível (inescusável) deve ser analisado a partir do caso concreto e não a partir de normas abstratas, ou seja, cabe ao juiz, e daí a cautela, analisar se poderia o agente alcançar a consciência de que a ação praticada era reprovável pelo ordenamento jurídico.

5.5.1. As formas de (in)evitabilidade do erro de proibição no Direito Penal Econômico

Como já estudado, o erro de proibição, presente no artigo 21 do Código Penal, é aquele que recai sobre a compreensão da antijuridicidade de uma conduta, isto é, quando inevitável (invencível ou escusável), mesmo com a devida diligência, o sujeito não poderia compreender a antijuridicidade do injusto, seu efeito é de excluir a culpabilidade do agente; enquanto for evitável (vencível ou inescusável) em nada afetará a tipicidade dolosa ou culposa, mantendo-se a reprovabilidade do agente que apenas atenuará a sua pena. Ambas as previsões legais estão estabelecidas no referido artigo 21 do Código Penal brasileiro.

Ocorre que a aferição da (in)evitabilidade do erro de proibição passa pela consensualidade e da pacificidade da doutrina, trazendo os critérios de aferição do erro. Seus critérios mostram-se complexos, que cumpre ser exposto relacionando-os com o Direito Penal Econômico, além das formas pelas quais os indivíduos podem alcançar a consciência da antijuridicidade de sua conduta.

De pronto, traz-se o conceito de Eckhardt Horn. No seu entendimento, o critério para se aferir a evitabilidade do erro de proibição baseiam-se, unicamente, em aspectos psicológicos do agente. Parte-se do princípio de que buscar o conhecimento da ilicitude de uma conduta seria um resultado psicológico de ações voluntárias. Nesse sentido, um sujeito

⁴⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p569.

⁴⁵⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. p287.

apenas se motiva, demonstrando a sua vontade para a realização de uma “ação de conhecimento”, quando enxerga um motivo para tal⁴⁵⁹.

Acontece que tal exposição sofreu críticas por parte da doutrina, ante a impunidade dos agentes que não possuíam nenhuma dúvida sobre o ilícito. Eckhardt Horn teria se equivocado nas premissas e não no raciocínio: o postulado de que a culpabilidade deve se determinar pelas capacidades individuais do autor é incompleto. Sugere a doutrina que se estabeleçam, de maneira geral, os aspectos dessas capacidades individuais. Dessa forma, a culpabilidade ainda se determinaria pelas capacidades individuais do autor, todavia, não exclusivamente, já que os parâmetros e os limites delas estariam estabelecidos pelas normas. Quer dizer, exige-se que haja uma razão para o autor examinar a licitude de sua conduta, mas essa razão é estabelecida objetivamente, e tal requisito é satisfeito quando o autor tem consciência de uma circunstância que, pela valoração geral das normas, configura uma razão para o exame de sua conduta⁴⁶⁰.

Como forma de solucionar tal preocupação, Welzel criou a ideia do “dever de informação”, de forma a entender que a consciência da ilicitude seria, na verdade, uma potencial consciência da ilicitude. O autor defende, com base no princípio da culpabilidade, que uma conduta criminosa é reprovável por ter o autor consciência da sua ilicitude ou, tendo chance de conhecê-la, não o faz. E como se poderia alcançá-la? O autor aduz que, para as condutas já consideradas negativamente pelo cenário ético-social predominante e abraçadas pelo Direito Penal, o desconhecimento está calcado em uma falta de “esforço da consciência”, sendo que a reflexão no caso concreto levaria o autor à conclusão de que não é permitido realizar determinada conduta criminosa⁴⁶¹.

No tocante às criminalizações que não possuem qualquer comunicação com valores ético-sociais, como muitos crimes econômicos, o cometimento da conduta delituosa acontece por problema de valoração jurídica. Em casos de dúvida dessa natureza, defende o autor que deve o agente buscar, antes da realização da conduta, conhecimentos técnicos que o impeçam de agir ilicitamente. Nesse caso, o problema não decorre de falta de reflexão, mas sim da falta de ter o agente se informado devidamente.

⁴⁵⁹ HORN, Eckhardt. *Verbotsirrtum und Vornwerfbarkeit*. Berlin, 1969, p88. Apud. CÓRDOBA, Fernando Jorge. *Lá evitabilidade del error de prohibición*. Buenos Aires: Marcial Pons. 2012, p54. Apud. NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p109.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p110.

⁴⁶¹ Esse entendimento se mantém dominante na jurisprudência majoritária alemã e também nos tribunais superiores da Itália e Espanha. LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas. 2013. p20

No mesmo sentido, Francisco de Assis Toledo posiciona-se:

O Estado e a sociedade permitem que o particular se beneficie da prática de atividades regulamentadas e fiscalizadas e, em contrapartida, exige que ele se esclareça do que é justo ou injusto na prática dos seus atos inerentes, sendo, portanto, impossível alegar a inevitabilidade do erro de proibição. Vale pontuar que, para este autor, esse ‘dever de informação’ teria que se limitar apenas às atividades notoriamente fiscalizadas e regulamentadas⁴⁶².

Ao realizar uma atividade regulamentada o agente passa a ter um especial dever de informar-se, de forma que ao descumprir tal dever, não pode alegar o descumprimento em sua defesa. Portanto, se impõe àqueles que desejam exercer determinadas atividades regulamentadas uma obrigação de conhecer as normas que norteiam suas atividades, de forma que, ao faltar em seu dever de informação, tal falta não pode beneficiar o agente.

É evidente que o dever de informação não se impõe de maneira isonômica perante todos. Assim como Welzel afirma que basta a potencial consciência da ilicitude para que o agente possa ser punido, de modo a impor um dever de informação a todos os cidadãos, é evidente que esse dever possui pesos diferentes a depender do agente a quem é imposto. Não se pode impor um mesmo dever de informação, por exemplo, a um simples comerciante e uma empresa de grande porte. Ao se analisar o dever de informação deve o juiz valorar tal dever. Pois, uma empresa de grande porte, instruída por bons profissionais que por vezes incide em erros devido à alta complexidade normativa do ordenamento jurídico, o que pensar sobre um pequeno comerciante que não possui os mesmos recursos que a empresa de grande porte.

O dever de informação pode, ainda, ser realizado de diferentes maneiras. Pode se dar através de fonte jurisprudencial, doutrinária e através com base em consulta técnica. Quando o autor age confiando em jurisprudência uniforme, o erro de proibição é inequivocamente inevitável, sendo as decisões de tribunais superiores e inferiores aceitas da mesma forma, dado que compõem tal uniformidade⁴⁶³.

Quando se está diante de sentenças contraditórias de tribunais de diferentes instâncias, entende a doutrina que apenas age sobre erro inevitável quem observou a jurisprudência do tribunal superior. Agora, quando a divergência está entre tribunais de mesma hierarquia, a maioria da doutrina acredita que o erro sempre será evitável, ainda que, conforme o caso concreto, o autor possa ser eximido da culpa por não poder esperar que seja dirimida a contradição para agir⁴⁶⁴.

⁴⁶² TOLEDO, Francisco de Assis. O erro no direito penal. p96.

⁴⁶³ NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no Direito Penal. p124.

⁴⁶⁴ Ibidem. p124.

Juarez Cirino dos Santos converge com o mesmo posicionamento, quando diz: “quando o agente realiza crime com base em jurisprudência dominante ou unânime, pela presença do erro inevitável, mas, nos casos de jurisprudência divergente ou minoritária, incorre em erro evitável”⁴⁶⁵.

Outro cenário, aludindo-se novamente à jurisprudência, também deve ser tratado: o agente que atua com base em um entendimento estável e já consolidado da jurisprudência e, em determinado momento, é surpreendido com a mudança de entendimento jurisprudencial. Nesse caso, não deve ser admitida a aplicação da retroatividade para mudança de posicionamento da jurisprudência que prejudique o réu, sob pena de gerar imensa insegurança jurídica e nesses casos, não recai sobre o agente um juízo de reprovação, não devendo ser considerada sua conduta culpável, por erro inevitável⁴⁶⁶.

Com base na premissa do dever de informação se dá com a consulta técnica, esta se pode afirmar que o erro sobre a ilicitude da conduta, em regra, não deve ser considerado reprovável. Contudo, isso pode ser visto de várias formas com as devidas ressalvas dos casos que podem fugir à regra.

Para Claus Roxin, caso o autor tenha motivos suficientes para acreditar que sua conduta era lícita, já que foi instruída por opinião técnica, e uma vez que não se pode exigir que ele confrontasse a compatibilidade dessa consulta com a boa técnica ou controlar o conteúdo da informação recebida, é possível considerar a eventual prática, nesse cenário, de conduta ilícita como decorrente de erro inevitável. Mesmo que haja erro técnico grosseiro, não é razoável o autor ser responsabilizado criminalmente, já que não possuía capacidade para avaliar tecnicamente o que lhe foi entregue pelo profissional. Agora, caso a fonte emissora da informação não seja confiável, poder-se-á questionar a evitabilidade desse erro. Além disso, se o agente não faz essa consulta, tendo a oportunidade de fazê-lo, não resta outra hipótese que não a verificação do erro evitável e, portanto, da presença da culpabilidade ainda que atenuada⁴⁶⁷.

A conclusão que se consegue chegar é os casos que envolvem o *criminal compliance*. Tendo como finalidade reduzir os riscos inerentes à atividade praticada, que podem acarretar o cometimento de delitos, a instalação de um programa de *compliance*, a depender das características e das estruturas, não elimina por completo as dúvidas a respeito da ilicitude das condutas praticadas no exercício de uma atividade. Dessa forma, o empresário que atende às

⁴⁶⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. p311.

⁴⁶⁶ NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no Direito Penal. p125.

⁴⁶⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general, p875-876.

recomendações de seu *compliance officer*, caso cometa conduta ilícita, agirá em erro inevitável de proibição, já que não é exigível tal certeza, sob pena de inviabilizar qualquer prática empresarial⁴⁶⁸.

Alaor Leite ainda sustenta que qualquer informação proveniente dessa consulta padece de provisoriedade, uma vez que o órgão judicial competente não se manifestou a respeito da licitude da conduta. Dessa forma, a dúvida sobre a ilicitude da conduta ainda pairaria sobre o agente, mesmo com o recebimento da informação técnica solicitada⁴⁶⁹. O “dever” do autor de verificar a correta informação recebida é o mesmo de verificar se, realmente, sua conduta é permitida.

Por isso, o dever de informação, ademais, não surge apenas a partir da mera obrigação que vincula determinados sujeitos a conhecer o ordenamento jurídico-penal. Tal dever, conforme afirma Alaor Leite, também se instaura a partir da existência de uma dúvida quanto à ilicitude da conduta. Junto à dúvida, surge a necessidade de solucioná-la.

Importante abordar como a questão da dúvida (também chamada de consciência potencial do injusto) a respeito da licitude de sua conduta é tratada pelo Direito Penal. A principal discussão que rodeia essa questão é: a dúvida sobre a ilicitude da conduta faz parte do conceito de conhecimento da ilicitude ou se materializa em um erro de proibição? A maioria da doutrina entende que a dúvida compõe o conceito de conhecimento da ilicitude, existindo, assim, culpabilidade na conduta praticada pelo agente nessas condições, ou seja, não haveria compatibilidade entre a dúvida e o erro. Dessa forma, toda vez que o sujeito ativo cometesse uma conduta ilícita agindo em dúvida, deveria incidir sobre ele punição penal.

No dizeres de Juarez Cirino dos Santos:

O agente que se encontra em dúvida com relação, a saber, se determinada conduta é criminosa, deve abster-se de realizá-la, afirmando que a dúvida nesses casos exclui o erro. Por outro lado, reconhece-se que em relação a área do Direito Penal especial se tem reconhecido a possibilidade de condicionar a exclusão do erro de proibição à possibilidade do agente solucionar a dúvida através de métodos como a consulta a advogado ou através de leitura a comentários da lei, ou seja, do cumprimento a um dever de informação⁴⁷⁰.

Ocorre que a doutrina buscou formas de, ainda sem considerar a dúvida como erro, eximir e atenuar algumas condutas da punição penal. As formas de definição da dúvida podem ser separadas de três maneiras: emocional ou volitiva, a cognitiva e a da competência.

A teoria volitiva sustenta que há dúvida quando o agente representa como possível a ilicitude de sua conduta e, com falta de resistência interna, consente com essa possibilidade.

⁴⁶⁸ LEITE, Alaor. Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal. p113.

⁴⁶⁹ Ibidem. p111.

⁴⁷⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Revan. 2002. p200.

Há a utilização dos mesmos critérios de distinção do dolo eventual e da culpa consciente para aferir a existência da dúvida. Caso não se identificasse tal elemento volitivo, não se poderia falar em dúvida. Se essa dúvida fosse insuperável, enfim, poderia haver uma diminuição da punição⁴⁷¹.

As teorias cognitivas, por sua vez, desprezavam qualquer referência a elementos volitivos, ampliando, conseqüentemente, a abrangência da consciência da ilicitude. Partem de uma representação da possibilidade de ser a conduta praticada ilícita, mas não exigem a representação certa do delito que se está a cometer. A atenuação ou exclusão da pena se justificaria pela menor reprovabilidade que recai sobre quem age em dúvida se comparado ao conhecimento absoluto ou por não se poder exigir um comportamento diverso⁴⁷².

Por fim, a teoria da competência aduz que, a consciência da ilicitude é determinada a partir do papel social que o agente ocupa e não por meio de um conceito psicológico, analisando se tinha, no momento da conduta, noção da sua ilicitude. Dessa forma, o erro de proibição se verifica quando o autor não é responsável por possuir determinado conhecimento. Assim, a dúvida não é, necessariamente, vista como componente da consciência da ilicitude, mas a expectativa de cumprimento do disposto na norma em função do papel social que o agente possui é o que determina as suas conseqüências⁴⁷³.

A dúvida, ainda, possui uma especial relevância nos casos de urgência, pois nessas situações muitas vezes o agente está impossibilitado de cumprir seu dever de informação, pois necessita tomar decisões rápidas. Nessas hipóteses, segundo Alaor Leite, ao se deparar com uma situação dessas, primeiramente é necessário verificar se ao autor existia algum dever de informação prévio⁴⁷⁴. O autor ainda ressalta a relevância de um juízo hipotético de análise do dever de informação nessas hipóteses em que o agente não possui o tempo para pesquisar e cumprir tal dever, de forma que, caso um juízo hipotético de cumprimento ao dever de informação não fosse capaz de trazer a consciência do injusto, haveria que se considerar um erro de proibição inevitável⁴⁷⁵.

Tendo em vista tais posições, parte da doutrina dominante, conforme explica Alaor Leite, entende que, em qualquer caso de dúvida quanto à proibição da conduta, configura-se erro de proibição, cabendo em um momento posterior analisar a sua evitabilidade. Contudo, há doutrinas que reconhecem a dúvida como erro de tipo em variados casos, cita-se os casos

⁴⁷¹ LEITE, Alaor. Ob. Cit. p59.

⁴⁷² NAVES, José Paulo Micheletto. Ob. Cit. p117.

⁴⁷³ Ibidem. p119.

⁴⁷⁴ LEITE, Alaor. Ob. Cit. p157.

⁴⁷⁵ Ibidem. p159.

de discriminantes putativas, pois essas, em geral, serão decorrentes de dúvidas, pois é evidente que dificilmente o agente terá a certeza de que se encontra diante de uma causa de justificação quando essa na verdade não existe.

5.6. O tratamento jurídico-penal do erro nas técnicas de reenvio do Direito Penal Econômico

É comum do Direito Penal Econômico que a antijuridicidade de determinadas condutas somente possa ser percebida a partir de complexas análises normativas, jurisprudenciais e doutrinárias, de forma que o mero esforço intelectual ou o conhecimento adquirido no convívio em sociedade não são capazes de demonstrar a antijuridicidade de tais condutas.

Conforme visto durante o trabalho, as remissões normativas fazem parte do Direito Penal Econômico, que caracteriza-se em um novo modelo de injustos penais que comportam em sua estrutura elementos específicos, quais são: normas penais em branco, elementos normativos, elementos do dever jurídico e a assessoriedade administrativa. Nos quais, todos esses elementos foram trabalhados ao longo do trabalho, trazendo consigo suas bases doutrinárias e legais e, que serão objeto de análise a partir de agora.

Agora, o que se pretende nesse último tópico é demonstrar as diferentes teorias que visam abordar as normas do Direito Penal Econômico, passando-se à análise do tratamento jurídico-penal do erro sobre as normas desse ramo do direito, e ressalta-se que o presente tópico não pretende esgotar todas as hipóteses de erro, mas apenas aquelas que acarretam maiores discussões na análise das técnicas de reenvio do Direito Penal Econômico.

5.6.1. O erro sobre as normas penais em branco

No tocante às normas penais em branco, surge o problema de como se tratar o erro sobre a norma complementar. Com base na dicotomia tradicional, erro de fato e erro de direito, o problema era resolvido a partir da natureza da norma complementar. Se a norma complementar fosse de direito penal, não se excluía a responsabilidade, por se tratar de um erro de direito. Entretanto, se a norma complementar fosse de natureza extrapenal, excluía-se o dolo, afastando a responsabilidade do agente.

Com relação às normas penais em branco, os complementos de tais normas devem ser tratados como elementos constitutivos desta, não sendo possível aplicar a norma penal em branco sem o seu complemento. Dessa forma, ao se deparar com uma norma penal em branco, deve-se analisá-la junto de seu complemento, tendo este também seus elementos que necessitam de um juízo de valor e elementos que são meramente descritivos.

Posto isso, como as disposições legais é que determinam as condutas incriminadoras, Welzel, então, menciona os erros que recaem sobre as “regras da antijuridicidade”. Ou seja, tratam-se os erros sobre os pressupostos dos injustos aos tipos que o autor compreende como “tipos abertos”. A esses casos problemáticos, segundo as normas penais em branco, como se percebe, o tipo penal de uma norma penal em branco não pode ser compreendido sem a chamada norma de complementação, ou seja, apenas se pode falar estritamente em tipo penal quando se integra à lei penal o seu complemento.

Nesse sentido, pode-se dizer que, uma parte da doutrina entende que um erro sobre a existência da norma integradora é um erro de proibição, enquanto o erro sobre circunstâncias de fato da norma integradora exclui o dolo, isto é, erro de tipo. Roxin traz como exemplo o sujeito que caça durante o período em que ela é proibida. Se o agente caça durante todo o ano, porque desconhece a proibição de caçar durante tal período, encontra-se em erro de proibição. Já, se caça porque se equivoca sobre a data ou sobre os limites temporais do período de proibição, encontra-se em erro de tipo. Adverte, porém, que quando a norma penal em branco se integra mediante uma disposição individual concreta, o desconhecimento desta é sempre um erro de tipo, porque falta uma proibição com validade ou vigência geral⁴⁷⁶.

Roxin, ainda, pondera que não há unanimidade no sentido de que o erro sobre a existência de uma norma penal em branco deve ser considerado erro de proibição, conforme defende em casos de fraude. Pois, “uma discussão fundamental incide sobre se a fraude deve abranger ou não a existência da norma de remissão (norma a que se refere à infração penal) e, portanto, se um erro sobre a existência dessa norma é ou não um erro de tipo”⁴⁷⁷.

Já para outra corrente, há quem defenda que o dolo não deve abranger apenas os elementos da descrição típica contida na norma de complementação, mas a própria existência desta, com o que, obviamente, o erro sobre sua existência constitui um erro de tipo⁴⁷⁸. Signatário a essa corrente, segundo Jescheck, “o tratamento da norma complementar deve seguir as regras gerais da teoria do erro, ou seja, o erro acerca de um elemento objetivo da norma que complementa a lei penal em branco será erro de tipo”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. p466.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p471.

⁴⁷⁸ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Los elementos normativos del tipo e la teoría del error. In Estudios Jurídicos: Em memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz. Valencia: Universidade de Valencia, 1997, p657-703. *Apud*. SILVA, Robson Antônio Galvão da. O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico. Dissertação de Mestrado, 2009, 229 páginas. Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009. p140.

⁴⁷⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. parte general. p331.

Vale destacar a teorização da constatação de que existem determinados tipos penais que, por si só, não concretizam de forma precisa uma norma de determinação com sentido pleno. Nesses casos e, excepcionalmente, as normas que completam os tipos penais, apesar de não afirmar-se que tais casos são exceção à regra geral de que tem de ser o legislador penal que determine o objeto do dolo⁴⁸⁰.

Há, ainda, a chamada teoria diferenciadora, que sustenta que o conhecimento da existência da norma de complementação apenas será condição para configuração do dolo quando da regulação positiva se depreenda que a própria existência da norma seja um elemento do tipo⁴⁸¹. Cabe agora analisar os posicionamentos acima, qual é mais adequado e o que permite tratar mais corretamente a teoria do erro nos tipos econômicos que adotam a técnica de reenvio da norma penal em branco.

O legislador, conforme consignado, tem utilizado como uma das técnicas as normas penais em branco no Direito Penal Econômico. Ocorre que, os tipos penais dessa característica trazem consigo condutas incriminadoras, que, por si só, não são tipos penais muito claros quanto à sua antijuridicidade e, podem ser caracterizados de delitos de acumulação⁴⁸², assim, aproximando-se de delitos de desobediência.

O ponto central dessa discussão é a criminalização dos tipos de desobediência, ou seja, a determinação da abstenção de determinadas condutas ou a determinação da realização de outras, pode não ser realizadas no tipo penal, mas na norma complementar. Assim, para conhecer o mandado de determinação deve ser verificado o próprio conhecimento da norma complementar, em que especificada a ação ou omissão mandada. Não há como se falar de dolo nesses casos sem o específico conhecimento da norma complementadora. Impossível dizer que o agente tinha o conhecimento do mandado apenas com o conhecimento do tipo, pois, obviamente, o mandado não se encontra no tipo, mas na norma complementar. Quando o legislador utiliza uma norma complementar para incorporar ao tipo a própria contrariedade a determinadas normas, há erro de tipo, não erro de proibição.

⁴⁸⁰ PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de Derecho, error de subsunción. Trad. Manuel Cancio Meliá e Gustavo Bruzzone. Cuadernos de Política Criminal. Madri. 1992. p349-392. *Apud.* SILVA, Robson Antônio Galvão da. O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico. Dissertação de Mestrado, 2009, 229 páginas. Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009. p140.

⁴⁸¹ *Ibidem.* p205.

⁴⁸² Essa classificação tem origem na Dinamarca (kumulations delikte), e parte da seguinte premissa: determinadas condutas são incapazes, isoladamente, de ofender o valor ou interesse protegido pela norma penal. Contudo, a repetição delas, cumulativamente consideradas, constitui crime, em face da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Exemplo: embora o comportamento seja imoral e ilícito, quem joga lixo uma única vez e em quantidade pequena às margens de um rio não comete o crime de poluição. Contudo, se esta conduta for reiterada, surgirá o delito tipificado no art. 54 da Lei 9.605/98 – Crimes Ambientais. MASSON, Cléber. Direito Penal – parte geral. p192.

A lógica para a fundamentação dessa conclusão é a consignação da norma penal em branco que integra mediante uma disposição individual concreta, o desconhecimento desta será erro de tipo. Conforme se vê nas explicações de Miguel Díaz y Garcia Conlledo:

Considera-se que, se a posição diferenciadora for correta, provavelmente o legislador penal frequentemente utiliza leis em branco no segundo dos sentidos citados, ou seja, para incorporar ao tipo sua própria contradição a certas normas, pois em certas áreas em que a lesão a bens jurídicos não é muito claro e, em vez disso, às vezes existem perigos vagos para eles; os crimes estão perto de atos de desobediência a regras de outras ordens; Nesses casos, a chamada de atenção para o assunto típico do tipo dificilmente ocorrerá se o assunto não estiver ciente da existência de regra contrária à sua conduta. Isso explicaria que no caso mais claro de desobediência elevada a crime, alguns autores, mesmo sem compartilhar o caráter geral da posição defendida, exigem como vimos, em tal caso de fraude o conhecimento da existência de um pedido. Em qualquer caso, a aceitação do anterior não significa entrar indiscriminadamente, de uma forma ou de outra, a tese da fraude no chamado Direito Penal acessório ou secundário, mas, em todo o caso, nos casos em que haja interpretação do tipo branco leva-nos a concluir que o seu significado requer a inclusão nele do próprio revés a uma norma, o que significa que a fraude terá que englobar esse revés⁴⁸³. **(Tradução nossa)**.

Podem-se citar como exemplo os tipos penais que estabeleçam, abstratamente, que quem realizar conduta em desacordo com leis ou regras administrativas estará sujeito a uma sanção penal. Assim, remetemos o leitor ao tópico 4.4.1, onde se encontrará alguns destes exemplos, já supracitados.

Portanto, segundo os postulados da dicotomia finalista, parece claro que, segundo a doutrina, em certa parte, os delitos econômicos em que o erro recair sobre a existência da norma complementar serão tratados como erro de proibição, porém, em sua grande maioria o erro não está sobre a existência, mas sim, quanto ao elemento descritivo da norma complementar, assim, conclui-se que em casos práticos, a melhor alternativa é tratar como erro de tipo, por ser erro sobre as circunstâncias do fato da norma complementar. Nesses casos, a lei penal utiliza-se dessa técnica justamente para incorporar no tipo a própria existência de normas de outras instâncias legislativas. Pensando em casos brasileiros, o segundo caso (considera-se erro de tipo) é perfeitamente cabível.

5.6.2. *O erro sobre os elementos normativos do tipo*

Como já tratado no tópico anterior, o erro sobre os elementos que formam o tipo penal, ou, o erro de tipo, se caracteriza pelo desconhecimento das circunstâncias de fato. Evidentemente não haver muitas dúvidas em constatar a caracterização do erro de tipo que

⁴⁸³ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Los elementos normativos del tipo e la teoría del error. In Estudios Jurídicos: Em memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz. Valencia: Universidade de Valencia, 1997, p657-703. *Apud*. SILVA, Robson Antônio Galvão da. O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico. P0206-207.

recai sobre os elementos descritivos – normas penais em branco –, entretanto, quando a matéria de erro incide sobre os elementos normativos do tipo, há certa discussão na doutrina.

Quando se refere aos elementos normativos, isto é, elementos cuja compreensão do tipo penal exige uma exposição de juízos de valor do intérprete ou do julgador inclusive para diferenciar os delitos entre si, como por exemplo, “coisa alheia”, “documento”, entre outros direcionamos uma primeira leitura ao tópico 4.4.2, onde o leitor encontrará toda a dogmática do instituto. Aqui, será objetivo quanto ao elemento do erro que recai sobre esses elementos, e como a doutrina o classifica.

Como já se sabe no Direito Penal Econômico se predomina a utilização de elementos normativos sobre os descritivos na análise dos tipos penais. Dessa forma, evidencia, André Vinicius de Almeida, que os tipos penais que compreendem elementos normativos dirigem ao dolo do agente outra exigência, na medida em que consciência e vontade – elementos cognitivos e volitivos – devem abranger igualmente o conteúdo dos referidos elementos, o que não se passa a naturalidade verificável em relação aos elementos descritivos⁴⁸⁴.

Fixado o objeto intelectual do dolo, fica claro o posicionamento que se adota a respeito do erro de tipo e, especificamente, quando ao erro sobre os elementos normativos do tipo. Com base nesse entendimento, Roxin deposita seus ensinamentos defendendo essa tese e, conseqüentemente, seguido pela maioria da doutrina, ao dizer:

A compreensão intelectual que caracteriza o dolo típico nos elementos normativos não significa uma subsunção jurídica exata dos conceitos empregados pela lei, bastando que o conteúdo de significado social do aludido fato incriminado com esses conceitos se abra à compreensão do sujeito. A valoração paralela corresponde, portanto, ao conhecimento necessário para o dolo, porque o objeto do dolo não são os conceitos jurídicos ou a antijuridicidade da ação, mas as circunstâncias de fato, isto é, os fatos externos junto com seu significado social⁴⁸⁵.

Adverte, no entanto, que há casos em que o conteúdo de sentido social não pode ser entendido sem uma determinada qualificação jurídica. Então, a qualificação jurídica acertada pertence à compreensão intelectual do dolo. Cita como exemplo o caso de quem se equivoca sobre o caráter alheio de algo. Segundo Roxin, portanto, não é correto dizer que as valorações jurídicas errôneas caracterizariam sempre apenas erros de subsunção⁴⁸⁶ e, às vezes erro de proibição. Depende: quando o sentido social de uma circunstância de fato é compreensível e se compreende sem conhecimento do conceito jurídico que a caracteriza, as falsas interpretações jurídicas deixam intacto o dolo. Quando, ao contrário, uma concepção jurídica

⁴⁸⁴ ALMEIDA, André Vinicius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico, p94.

⁴⁸⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. p460.

⁴⁸⁶ Trata-se de uma modalidade de erro, em que o agente conhece a ilicitude do fato ou, nas circunstâncias, podia conhecê-la, porém, por erro, supõe que seu fato se amolda a um tipo diverso. O agente não será isento de pena. Trata-se de erro evitável.

equivocada veda ao sujeito o sentido social de sua atuação, tal erro exclui o dolo em relação ao elemento normativo em questão⁴⁸⁷.

Dito isso, não há como se conceber que o dolo deve abarcar, em todos os casos, a qualificação jurídica exata dos elementos normativos. Com isso, pode-se dizer que, há fatos externos que só existem sob o pressuposto de uma norma, que pode ser jurídica, assim, para conhecer desses fatos externos é possível que seja necessário o conhecimento do significado jurídico do elemento normativo. Mas, além de conhecer o significado social, é evidente, o conhecimento do significado material dos elementos normativos que sejam relevantes para o juízo da antijuridicidade, presentes na situação do fato. Haja vista, que há casos em que a ação é axiologicamente neutra, sobretudo, nos delitos de infração de dever.

Faltando o conhecimento da proibição legal, o agente não tem todos os dados para a correta ou incorreta orientação da sua consciência, pois a proibição legal é o único elemento que funda o desvalor da conduta, sem ter tal conduta, paralelamente, um desvalor em qualquer outra ordem com relevância ética (moral, cultural ou social). Cabe, pois, tratar esses erros no campo do dolo⁴⁸⁸.

Com isso, pode-se alcançar, dogmaticamente e nos termos da legislação brasileira em vigor, a conclusão de que um erro sobre um elemento normativo jurídico pode sim constituir erro de tipo, demonstrando-se o acerto da proposta, realizada para o tratamento do erro no âmbito do Direito Penal Econômico, de que deve ser privilegiado o erro de tipo em face do erro de proibição nesses casos. Além disso, até mesmo o erro sobre a própria proibição penal pode configurar erro de tipo⁴⁸⁹.

5.6.3. O erro sobre os elementos do dever jurídico (valoração global do fato)

Como visto, o erro acerca dos elementos chamados de dever jurídico (ou valoração global do fato) apresenta algumas peculiaridades em virtude de sua especial ontologia, pois apresentam a peculiaridade de ter sua significação constituída pelo juízo de antijuridicidade. Isso significa que seu aspecto normativo é formado pelo juízo de antijuridicidade, ao contrário de outros elementos normativos em que a normatividade não implica antijuridicidade, podendo resultar de uma definição legal ou mesmo de uma valoração cultural que não esgota o juízo de antijuridicidade. Além disso, convém dizer que, a doutrina diferencia elementos de valoração global do fato divisíveis e indivisíveis. Neste último, não seria possível fazer a

⁴⁸⁷ Ibidem. p462-463.

⁴⁸⁸ SILVA, Robson Antônio Galvão da. O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico. p204.

⁴⁸⁹ Ibidem. p204

distinção entre substrato fático e valoração do substrato, ou seja, não seria possível distinguir tipicidade e antijuridicidade. Para entender melhor, remetemos o leitor ao tópico 4.4.3 onde foi tratado sobre o instituto.

No tocante a essa técnica de reenvio, há controvérsias quanto a sua natureza referente à ilicitude, para alguns constitui erro de tipo, porque nele se localiza, e deve ser abrangido pelo dolo; para outros, caracteriza erro de proibição porque, aqueles elementos tratam exatamente do que é antijuridicidade da conduta⁴⁹⁰. Um erro sobre os pressupostos materiais da conduta proibida seria um erro de tipo, enquanto que o erro sobre a valoração antijurídica seria um erro de proibição.

O primeiro autor a tratar sobre essa tese foi Welzel, quando o mesmo trouxe o assunto, especificamente, do erro na esfera do Direito Penal tributário. Segundo ele, o erro sobre os elementos normativos do delito de sonegação tributária exclui, necessariamente, o dolo, toda vez que o objeto material desse delito seja a pretensão tributária estatal. O erro sobre o dever jurídico tributário teria que ser tratado sempre como erro sobre o tipo, trata-se de um verdadeiro elemento de valoração global do fato⁴⁹¹.

Há outra parcela da doutrina, que critica a tese de Welzel, que entende que os erros sobre esses elementos constituem erro de proibição. De acordo com esse entendimento, a ideia de que a conceituação de uma determinada característica legal como autêntico elemento do tipo não é suficiente para conduzir forçosamente à conclusão de que o dolo tenha que abarcar o conhecimento dela, e que, conseqüentemente, apenas razões materiais podem ser invocadas para justificar a classe de erro que tem de existir quando se desconhece o dever tributário⁴⁹².

Em alguns casos, o conhecimento de tais níveis é suscetível de decomposição em dois outros níveis diferentes não identificáveis (consciência do significado social e consciência da antijuridicidade), sendo que essa decomposição nos delitos de sonegação fiscal não seria factível. Quem sabe que está obrigado ao pagamento de um tributo e, mesmo assim, sonega, tem necessariamente ao mesmo tempo consciência da antijuridicidade, sem que seja imaginável que o sujeito atue dolosamente, mas sem consciência da antijuridicidade.

⁴⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro jurídico penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996. p62.

⁴⁹¹ WELZEL, Hans. Irrtumsfragens Im Steuerstrafrecht. NJW. 1953. p458. *Apud.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. Derecho Penal Económico y de la Empresa. p406. *Apud.* SILVA, Robson Antônio Galvão da. O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico. p142.

⁴⁹² MAIWALD, Manfred. Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributário. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1997. p52. *Apud.* SILVA, Robson Antônio Galvão da. O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico. p142

Inversamente, se o autor não tem consciência de que está sujeito a uma obrigação tributária, então erra sobre a proibição globalmente considerada⁴⁹³.

Todavia, pensando não somente em delitos especificamente tributários, mas sim, no ordenamento jurídico como um todo do Direito Penal Econômico, Claus Roxin ao tratar sobre o tema vai traçar uma importante distinção entre o erro que incide sobre os pressupostos materiais e acabam refletindo no tipo penal por meio desses elementos de valoração global do fato, erro de tipo, daquele que recai sobre a própria valoração jurídica, erro de proibição, apontando ainda para o fato de que, entre os elementos de valoração global do fato, existem alguns que não podem ser divididos.

Em tipos penais com elementos de valoração global do fato todas as circunstâncias materiais relevantes para caracterizar a antijuridicidade, incluindo a falta dos requisitos da causa de justificação, são elementos de um tipo global, e somente uma valoração definitiva deve justificar a caracterização dessa antijuridicidade⁴⁹⁴.

Por esses motivos, se justifica diferenciar nesses casos elementos de valoração global de direito divisíveis dos não divisíveis. O reconhecimento da existência de elementos de valoração global não divisível, conduzem a constatar que dificilmente seria possível a incidência em erro de proibição, pois, o conhecimento da dívida tributária, por exemplo, implica necessariamente no conhecimento da antijuridicidade daquele que não cumpre com as suas obrigações⁴⁹⁵.

Como se vê, o fundamento para a definição proposta por Roxin é que nos casos dos elementos de valoração global do fato indivisível, o significado social destes é constituído pela desvalorização jurídica, o que implica que o dolo seja um “*dolus malus*”. E para identificar se um elemento de valoração global do fato seria ou não divisível, dependeria da possibilidade do agente conhecer o significado social de sua conduta sem o conhecimento da valoração jurídica⁴⁹⁶, uma vez, que a desvalorização é que atribui a significação social necessária para que o tipo penal possa ser considerado tipo de injusto.

Ressalta-se, porém, que a partir do finalismo que se considera que o conhecimento exigido para o dolo é um conhecimento atual, enquanto que o da antijuridicidade é potencial. Destarte, o reconhecimento de que nos casos em que para compreender o sentido social da conduta seja necessário que o agente tenha efetuado a desvalorização jurídica, conduz à

⁴⁹³ SILVA, Robson Antônio Galvão da. O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico. p142-143.

⁴⁹⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. p301.

⁴⁹⁵ Ibidem. p365-366.

⁴⁹⁶ Ibidem. p363.

indagação acerca da graduação desse conhecimento, questão ainda não trabalhada, conforme entende Roxin.

Acompanhado do posicionamento da doutrina majoritária, o tratamento dado ao erro sobre os elementos de valoração global do fato é adequado e pode ser aplicado ao âmbito do Direito Penal Econômico, inclusive pelo fato da quase totalidade das teorizações terem sido elaboradas com base nesse paradigma. Assim, é possível aceitar que nos elementos de valoração global do fato divisíveis, se o erro incide unicamente sobre o juízo da antijuridicidade da ação típica (e não sobre a constatação de um estado de coisas relevantes para o juízo de antijuridicidade), trata-se de um erro de proibição ainda quando se refira a uma circunstância do fato que, sob a aparência de um elemento individual, incluía em si o juízo da antijuridicidade como tal erro sobre a valoração. De outra via, se o erro sobre a reprovabilidade afeta não à valoração global do fato, mas a um estado de coisas relevantes para o juízo de antijuridicidade tem-se erro de tipo (erro sobre o substrato da valoração). Com relação aos elementos de valoração global do fato indivisível, um erro sobre eles incidente constitui um erro de tipo, pois a ausência de representação ou equivocada representação sobre eles atinge o conhecimento do significado social da conduta⁴⁹⁷.

5.6.4. O erro sobre a assessoriedade administrativa

Expostas as diferentes perspectivas a respeito do tratamento do erro nas remissões normativas anteriores, passa-se, agora, a apresentar a última técnica e, como se entende o erro na assessoriedade administrativa, (ou administrativização do Direito Penal), com isso, realizará as ponderações sobre as teorias adotadas.

Da mesma forma que se viu nos tópicos anteriores, há controvérsias ao tratar-se sobre as outras técnicas de reenvio, a questão do dolo do agente ser necessária à compreensão de todos os elementos do tipo, com José Paulo Naves não é diferente. Em sua medida, dispensa-se, portanto, a presença de elementos volitivos. De tal sorte, para que o sujeito possa conhecer os riscos inerentes à sua conduta e, ainda, vislumbrar os possíveis efeitos deletérios dela consequentes, deve-se considerar que o limite do seu conhecimento não pode estar nos meros elementos objetivos previstos no tipo penal. Deve-se ir além. Para isso, imprescindível que o indivíduo conheça o conteúdo da obrigação ou da proibição penal. Isso porque, tendo em vista

⁴⁹⁷ *Ibidem.* p365.

a realidade do novo Direito Penal descrito, tendência que exponencialmente se apresenta é a presença de tipos penais valorativamente neutros⁴⁹⁸.

Para o autor, desde logo, se adotará como posicionamento mais favorável que o erro sobre a assessoriedade administrativa será o erro de tipo, pois, nessa técnica normativa a sua característica é que o caráter da proibição ou obrigação legal estará na norma extrapenal.

Pensando nessa consequência, os efeitos provenientes do erro de tipo parecem ser mais interessantes. Enquanto o erro de proibição jamais desqualifica a subjetividade da conduta do agente, discutindo-se se há ou não reprovabilidade do indivíduo ou qual a sua intensidade, o erro de tipo elimina o dolo e, se evitável, cria uma dimensão de culpa, calcada na inobservância do dever de informar-se, que justifica a imposição de uma pena comedida ante a situação fática, respeitando, ainda, a noção de legalidade⁴⁹⁹.

Como forma de ilustração, cita-se o art. 26 da Lei 6.453/77, que dispõe sobre a responsabilidade civil e criminal por atividades nucleares, cujo conteúdo diz: “Deixar de observar as normas de segurança ou de proteção relativas à instalação nuclear ou ao uso, transporte, posse e guarda de material nuclear, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. Pena: reclusão, de dois a oito anos”.

As normas de segurança ou de proteção às quais o tipo penal faz menção, editadas pela Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), configuram uma assessoriedade administrativa de direito, a qual enumeram, tecnicamente, todos os pormenores que envolvem o setor de energia nuclear. Isso posto, como se pode falar que um operador de uma usina nuclear agiu dolosamente ao errar quanto a um dispositivo dessas normativas se, rigorosamente, toda a proibição ou obrigação penal está nelas alocada? Simplesmente, não é possível, sendo, por conseguinte falar-se em dolo⁵⁰⁰.

O fundamento da escolha pelo erro de tipo na assessoriedade administrativa está na política criminal. É o que acompanha a maioria da doutrina. Nesses termos, tendo em vista a larga e questionável flexibilização que o Direito Penal contemporâneo trouxe ao princípio da legalidade, dificultando expressivamente o conhecimento da proibição penal, deixando-o vulnerável e exposto à ocorrência, com muito maior frequência, de erro, impõe-se a destinação a esses indivíduos das consequências penais mais brandas entre aquelas previstas nas várias situações de erro. Assim, os efeitos do erro de tipo, inegavelmente, são aqueles que oferecem menor reprimenda ante um cenário criado, em última análise, pelo próprio Estado,

⁴⁹⁸ NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no Direito Penal. p186.

⁴⁹⁹ Ibidem. p187.

⁵⁰⁰ Ibidem. p187.

quando da confecção dos tipos penais com essas características, e ante uma situação que, certamente, exprime um menor desvalor quando da violação da norma penal⁵⁰¹.

Por fim, a respeito das modalidades de assessoriedade administrativa⁵⁰², passa-se a demonstrar como pode configurar o erro em alguns tipos penais, seguindo-se a doutrina majoritária em adotar o erro de tipo, por entender que na maioria dos casos a obrigação ou proibição penal está na norma extrapenal.

Os elementos de assessoriedade administrativa conceitual são elementos normativos jurídicos do tipo penal. Os elementos normativos de outra natureza, como os culturais, não deixam, entretanto, de fazer parte do gênero das remissões normativas, apenas não compoem o “guarda-chuva” da assessoriedade administrativa. Os elementos normativos demandam do sujeito, para conhecer o seu conteúdo, uma ação valorativa, diferentemente da assessoriedade de direito, na qual é necessária uma incorporação da norma extrapenal. Isso posto, pode-se afirmar que, sempre que o tipo penal se valer da assessoriedade conceitual, será necessária a realização da valoração ínsita ao elemento de assessoriedade para se compreender o sentido do tipo. Em outras palavras, é preciso entender o conteúdo, o significado, também do elemento normativo⁵⁰³.

O crime estabelecido no art. 29 da Lei 9.605/98, que tipifica a conduta de “matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécies da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida” possui causa de aumento exclusiva, disposta no §4º do mesmo artigo, que estabelece o aumento da pena em metade se o crime é praticado contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção.

A expressão “animal silvestre” deve ser vista como um elemento normativo jurídico, e não como assessoriedade conceitual, dado que o seu significado está disposto no §3º do mesmo artigo, e, portanto, na própria lei. A citada causa de aumento, por outro lado, faz remissão à Portaria nº 444/2014 do Ministério do Meio Ambiente, que apresenta uma lista de quais seriam as espécies ameaçadas de extinção. Por essa razão, esta deve ser vista como um assessoriedade administrativa conceitual⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ NAVES, José Paulo Micheletto. Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no Direito Penal. p188.

⁵⁰² As modalidades de assessoriedade administrativa estão demonstradas no tópico 4.4.4, onde foi tratada a assessoriedade administrativa conceitual; assessoriedade administrativa de direito; e assessoriedade administrativa de atos administrativos.

⁵⁰³ Ibidem. p195.

⁵⁰⁴ Ibidem. p196.

Logo, é possível afirmar que o sujeito conhecia o sentido do tipo penal em relação ao caput do art. 29, pois sabia que não poderia matar o animal. Contudo, por não saber que se tratava de um animal ameaçado de extinção, não se pode falar que agiu como dolo em relação à causa de aumento, tendo em vista que o sentido desta é tutelar essa gama de espécies.

A assessoriedade administrativa de direito é aquela em que se faz remissão a regulamentos, portarias e outros dispositivos penais ou extrapenais de aplicação geral. Diferenciam-se, portanto, da assessoriedade conceitual por demandarem do interlocutor da norma penal não um ato de valoração, mas a incorporação da norma complementadora. O exemplo é do crime de evasão de divisas previsto no art. 22 da Lei 7.492/86. O respectivo tipo penal dispõe, no que interessa ao presente caso, que quem mantém no exterior depósitos não declarados à repartição à repartição federal competente comete o delito de evasão de divisas⁵⁰⁵.

Supondo um médico resolva depositar valor acima do permitido pelo Banco Central em contas bancárias num país estrangeiro. Por ser muito correto e diligente, informa o órgão que pensou ser competente, a Receita Federal, por entender ser uma pendência tributária, e não o Banco Central. Tem-se que o médico errou quanto ao elemento do tipo “repartição federal competente”, demonstrando que desconhece a norma do art. 1º da Carta-circular nº 3.071/01⁵⁰⁶.

Nota-se que, no caso em tela, o médico sabia que precisava declarar ao Poder Público o valor depositado no exterior. Todavia, por acreditar se tratar de uma pendência tributária, erra a repartição competente. Desse modo, interpretou equivocadamente o sentido da norma penal, errando sobre o elemento de assessoriedade de direito. Assim, não pode se falar em dolo, uma vez que, ao não reconhecer o interesse protegido, o do sistema financeiro nacional, não pôde o indivíduo se comportar de acordo com a obrigação penal disposta no crime de evasão de divisas⁵⁰⁷.

A assessoriedade de ato administrativo se diferencia da assessoriedade de direito por possuir aplicação individual, por meio de permissões, autorizações ou licenças expedidas pela Administração Pública. Traz-se, então, uma situação para ser analisada. Um proprietário de uma pousada, sitiada dentro de área de preservação permanente, corta árvores que dificultavam a manobra dos carros dos hóspedes, sem imaginar que, para tanto, era necessária

⁵⁰⁵ *Ibidem*. p197.

⁵⁰⁶ **Art. 1º.** As pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária, devem informar, anualmente, ao Banco Central do Brasil, os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda e os bens e direitos detidos fora do território nacional.

⁵⁰⁷ *Ibidem*. p197.

autorização do órgão ambiental competente. Incorre, portanto, no delito previsto no art. 39. Da Lei 9.605/98, cuja redação proíbe cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente.

Nesse caso, não há que se falar em conhecimento do risco que a sua conduta poderia causar ao bem jurídico tutelado pela norma, afinal, sem saber que sua conduta demandava uma autorização do Poder Público, agiu sem conhecer a proibição inerente ao tipo penal, portanto sem dolo⁵⁰⁸.

Mediante o exposto, pode-se afirmar que, uma crítica que se faz é no sentido de que deveria haver maior homogeneidade no tratamento do erro sobre as remissões normativas por consistir em uma operação legislativa que encaminha a proibição ou obrigação penal à norma extrapenal, sendo algumas das soluções propostas pela doutrina um pouco autoritárias, por sugerirem consequências jurídicas tão apartadas para situações muito semelhantes.

⁵⁰⁸ *Ibidem*. p198.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças enfrentadas pela sociedade, decorrentes dos avanços científicos e tecnológicos, refletiram diretamente na estruturação do Direito Penal, o qual volta sua preocupação especificamente à prevenção dos riscos ínsitos às atuais relações sociais. O Direito Penal, como meio de controle social mais forte posto à disposição do Estado, sofreu o impacto do novo paradigma. A carga teórica que acompanha a discussão do paradigma do risco ocasiona variados pontos de atrito com a dogmática penal tradicional, e notadamente com o sistema garantista. Posto isso, o Direito Penal expande-se, antecipando o momento da sua tutela e avançando as suas fronteiras, com ineditismo, sobre esferas antes ocupadas por outras áreas do Direito, especificamente o Direito Administrativo.

Como se sabe, no tocante à tipicidade penal, essa deve expressar o cumprimento da legalidade e taxatividade penal, e ao admitir uma maior abrangência da descrição típica, identificam-se os primeiros problemas relacionados à legitimidade e constitucionalidade desses novos tipos penais, próprios da nova criminalidade econômica, contudo, conforme visto no trabalho, a doutrina majoritária e a jurisprudência são favoráveis em reconhecer a constitucionalidade dos novos tipos penais.

Ao mesmo tempo, não se pode ignorar que as remissões normativas são uma realidade que não mais abandonarão a forma que as normas penais são estruturadas, possuindo, em alguma medida, aspectos positivos na tutela de novos interesses que advém com a sociedade de risco. Dessa forma, são formas de remissão normativas: as normas penais em branco, os elementos normativos do tipo, os elementos de valoração global do fato e a assessoriedade administrativa.

A partir disso, o presente trabalho buscou abordar os mais variados aspectos em relação ao erro jurídico-penal e, por fim, buscou-se apresentar uma proposta para a aplicação do erro, seja o erro de tipo ou erro de proibição no Direito Penal Econômico que não se desvinculasse das hipóteses de aplicação dos erros incidentes em normas de direito penal clássico. Para tanto, partiu-se de uma análise que concilia a teoria finalista da ação, a teoria limitada da culpabilidade e o ordenamento jurídico brasileiro vigente, não se buscando hipóteses para a aplicação do erro que exigiriam mudanças no quadro atual do ordenamento brasileiro e sim hipóteses que coadunam com as normas vigentes.

Na primeira parte do trabalho a investigação foi feita encima da sociedade de risco que impactaram decisivamente na expansão do Direito Penal, trazendo algumas reflexões em torno dos novos bens jurídicos difusos desenhados notadamente a partir da segunda guerra mundial com a pós-modernidade, como o caso da ordem econômica. A utilização da técnica

legislativa dos tipos de perigo, em compasso com as exigências de um Estado Democrático de Direito e seus limitadores constitucionais. Não obstante, tenha adotado a possibilidade absoluta e sem maiores reflexões a legitimidade da estrutura delitiva do perigo abstrato, levando-se em conta à própria natureza do bem jurídico, cuja lesão acarretaria consequências de difícil reparação à sociedade.

A análise feita sobre os crimes econômicos foi a partir das teorias do dolo, que conectam o conhecimento do injusto ao dolo. Alguns autores, de acordo com a pesquisa, avaliam que o erro deve ser observado pela mesma dogmática do Direito Penal clássico, afirmando que os erros sobre as normas extrapenais seriam excludentes do dolo e outros compreendem que tais normas compõem o tipo penal.

Analisadas as modalidades de erro jurídico-penal, passou-se, então, aos estudos da (in)evitabilidade dos erros em matéria penal, tratando-se da análise da dúvida, do dever de informação e, com base em consulta técnica e jurisprudencial.

Mais adiante, do que foi exposto ao longo do trabalho, observa-se que o tratamento jurídico-penal do erro no Direito Penal Econômico envolve aspectos bastante complexos e controvertidos pela dogmática penal. A dificuldade existente para o tratamento do erro no Direito Penal Econômico advém da constatação de que os objetos da falsa representação e da dúvida estão constituídos pela realidade objetiva, das normas e valorações jurídicas, extrajurídicas ou culturais, sendo frequente a presença nos tipos econômicos, nas quais, são característicos como: normas penais em branco, elementos normativos do tipo, elementos de valoração global do fato e a assessoriedade administrativa.

No tocante as normas penais em branco, essas são as que fazem remissão a outra norma jurídica de natureza não penal (seja ou não advinda da mesma instância legislativa) para realizar a descrição do fato típico. Conclui-se, portanto, o seguinte: um erro sobre as circunstâncias de fato da norma integradora configura erro de tipo; quando a norma em branco se integra mediante uma disposição individual concreta, um erro sobre esta configura erro de tipo; o erro sobre a existência da norma integradora pode configurar um erro de tipo ou um erro de proibição, sendo erro de tipo nas hipóteses em que da regulação positiva de depreenda que a própria existência da norma seja um elemento do tipo, vale dizer, sempre que o conhecimento da existência da norma seja uma circunstância relevante para o juízo da antijuridicidade.

Quanto às propostas apresentadas pela doutrina em relação aos elementos normativos do tipo, inicialmente, fez-se uma escolha que faz referência ao condicionamento da existência de uma norma. Vale dizer, que os elementos normativos do tipo são os que existem sob o

pressuposto lógico de uma regra constitutiva e que possuem uma função atribuída, por meio da intencionalidade coletiva, que não pode ser realizada apenas em razão das características físicas do objeto.

Desse modo, a conclusão que se chegou foi que, no Direito Penal Econômico se predomina a utilização de elementos normativos sobre os descritivos na análise dos tipos penais. Assim, os tipos penais que compreendem elementos normativos dirigem ao dolo do agente outra exigência, na medida em que consciência e vontade – elementos cognitivos e volitivos – devem abranger igualmente o conteúdo dos referidos elementos, o que não se passa a naturalidade verificável em relação aos elementos descritivos. Fixado o objeto intelectual do dolo, fica claro o posicionamento que se adota a respeito do erro de tipo e, especificamente, quando ao erro sobre os elementos normativos do tipo.

Nesse espeque, quando o agente não representa o sentido e significado material dos elementos do tipo (que necessita descrever fatos e circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade), presentes na situação de fato, conforme a doutrina, o erro de tipo está configurado.

Já no caso dos elementos de valoração global do fato (ou elementos do dever jurídico), esses são os que supõem uma remissão ao conjunto do ordenamento jurídico (e não a uma norma específica) para determinar os pressupostos objetivos que fundamentam o juízo de antijuridicidade.

Logo, a respeito do erro sobre os elementos da valoração global do fato, a proposta que Roxin trouxe foi mais corroborada, sendo que no caso dos elementos divisíveis deve-se diferenciar substrato (erro de tipo) e valoração do substrato (erro de proibição). Nota-se, ao longo do trabalho, que, o substrato não se refere apenas a questões de fato existentes no mundo real, mas às questões de fato referentes ao tipo penal. No caso dos indivisíveis, em que não se faz essa distinção, o erro sobre os elementos incidentes constitui erro de tipo.

Na última técnica de reenvio, a assessoriedade administrativa se mostra a valorar o Direito Penal a interesses que antes pertenciam ao Direito Administrativo, disciplinando-se tipos com complexas regulamentações técnicas, formulando-se assim, tipos penais mais abertos. Endossa-se que se adotou a grafia “assessoriedade administrativa”, por carregar consigo uma ideia de amparo ou assessoria, tirando a ideia de dependência do Direito Penal ao Direito Administrativo.

Além disso, entende-se que o erro sobre a assessoriedade administrativa deve ser considerado, em todas as ocasiões, um erro de tipo. Afinal, esses elementos típicos são essências para a compreensão do conteúdo da obrigação ou da proibição penal, ou mesmo do

conteúdo do risco permitido, tendo em vista a complexidade das condutas que se criminaliza. Aliás, se não fossem necessários para esse fim, não seria necessário o legislador se valer desse recurso legislativo.

Por fim, a solução de outorgar maior prevalência ao erro de tipo em face do erro de proibição nos delitos econômicos demonstrou-se dogmaticamente adequada e compatível com a legislação brasileira vigente, sendo que esse tratamento decorre da própria teoria do crime e não, apenas, de determinada opção de política criminal. Percebeu-se ao longo do trabalho que o elemento intelectual do dolo pode requerer o conhecimento de uma norma extrapenal ou mesmo penal, para que se possa afirmar que o agente conhecia os fatos externos e circunstanciais relevantes para o juízo de antijuridicidade.

Dessa maneira, buscou-se demonstrar, por fim, a partir desse trabalho, não apenas o modo de tratamento do erro jurídico-penal nos delitos econômicos, mas também que a análise desses erros não necessita ser diversa entre casos de erros incidentes em normas de Direito Penal Econômico e do Direito Penal clássico, pois as normas que regulam o Direito Penal clássico podem ser utilizadas de modo a enfrentar os desafios criados pela sociedade de risco. Também, não se vê pertinência no resgate dos conceitos como erro de fato e erro de direito e, retomar posições ínsitas às teorias do dolo.

REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, Enrique. Derecho Penal Económico. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959.

ALMEIDA, André Vinicius de. O erro de tipo no Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. Bem jurídico, autonomia e drogas: um ensaio pra uma interpretação teleológica dos tipos penais de tóxicos. In: Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS, vol.6, nº 2, 2018.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello. O direito penal econômico. In. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 7, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. Curso de Derecho Penal Economico. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2005.

BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. São Paulo, 2010.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: USP, 1997.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. Manual de Direito Econômico. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

BITENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal. Parte geral. Vol. 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Erro jurídico penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. Revista Liberdades, v 8, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. Vol.1. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

_____. Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Edições Almedina. 2012.

_____. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília. Nº 34, p55-62. Out/Dez. 1997.

_____. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. Brasília. a 34, n. 133. Jan/Mar. 1997.

_____. Inconsciência de antijuridicidade – sua visão na dogmática penal e nos tribunais brasileiros In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. Vol 41. Nº 1. p 251-296. Coimbra. 2000.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRUNONI, Nivaldo. Princípio de culpabilidade: considerações: fundamento, teoria e consequências. Curitiba: Juruá. 2008.

CABRERA, Michelle Gironda. A sociologia do risco como suporte político criminal dos delitos culposos e seu impacto no direito penal econômico. In SOBRINHO, Fernando Martins Maria. Direito Penal Econômico: Administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Ed 1. Londrina: Thoth, 2017.

Caderno de Estudo da Lei Seca. Equipe Juspodivm (org.). 4 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

CARVALHOSA, Modesto. Direito Econômico. São Paulo: RT, 1973.

CERQUEIRA, Átilo Antonio. Direito Penal Garantista & A nova criminalidade. Curitiba: Juruá, 2002.

CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico – Concepto e bien jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 43, 2003.

- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. 3 ed. Curitiba: Lumens Juris, 2008.
- _____. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Revan. 2002.
- CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. Vol. 1. Reimpressão. Colaboração de Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2008.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. Criminologia. Rio de Janeiro: Ed Rio, 1976.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Imprensa. Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- D'AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DELMAS MARTY, Mireille. Modelos e movimentos de politician criminal. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. Direito tributário, direito penal e tipo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- DIAS, Augusto Silva. Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In Direito Penal econômico e europeu: Texto doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. Liberdade, culpa, direito penal. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- _____. O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.
- FERNANDEZ, Fernando Molina. Antijuridicidad penal y sistema del delito. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia. 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- FERREIRA, Matheus Henrique Santos; COLEN, Guilherme Coelho. Culpabilidade, pena e proporção: uma relação simbiótica. In: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito. vol 11, nº 23, jan-abr. 2019.
- FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCrim, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Antijuridicidade. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Disponível em: <fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171002201555-antijuridicidade.pdf>. Acesso em 24/08/2021. 1960.

FRANK, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Tradução Gustavo Eduardo Aboso. Montevidéo: Julio Cesar Faira Editor, 2004.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Razão e Sensibilidade: Fundamentos do Direito Penal Moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. La concepción normativa de la Culpabilidad. BdeF. Buenos Aires. 2002

GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GONZAGA, Christiano. Manual de Criminologia. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. Técnicas de reenvio do direito penal ao direito administrativo e as regras de aplicação da lei penal no tempo. In. Direito Penal Econômico: Administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Org. SOBRINHO, Fernando Martins Maria. Londrina: Thoth, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: RT, 1981.

GRECO, Luís. Princípios da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n49, 2004.

GRECO, Rogério. Curso de Direito penal: parte geral. 17ª ed. Niterói. Impetus. 2017.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, n. 18, fev/mar. 2003, p. 146, in ORTIZ, Mariana Transchesi. Concurso de agentes nos delitos especiais - 1 ed. São paulo: IBCCRIM, 2011.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: Uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da UFMG. Minas Gerais, 2012.

HUGON, Paul. Histórias das doutrinas econômicas. 14 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. vol 1, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Gunther. Fundamentos de direito penal. Trad. André Luís Callegari, São Paulo: RT, 2003.

_____. Derecho Penal. Parte general. 2 ed. Madrid: Marcial Pons. 1997.

- _____. El concepto jurídico-penal de acción. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. parte general. 5 ed. Granada: Comares, 2002.
- JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: parte geral. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. 2ª ed. Buenos Aires: Losada. 1992.
- KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Bauru: Edipro, 2005.
- LEITE, Alaor. Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal. São Paulo: Atlas. 2013.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Direito Econômico. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LIBERATI, Wilson Donizete. Bem jurídico-penal e constituição. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Direito Penal e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LISZT, Franz Von. Tratado de derecho penal. Tomo. II. Madrid: Réus. s/d. 2006.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Direito Penal, Estado e Constituição. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- LOPES, Luciano Santos. Injusto Penal: a relação entre o tipo e a ilicitude. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.
- LUNA, Everardo da Cunha. Capítulos de direito penal. São Paulo: Saraiva. 1985.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis e outros. Monografias IBCCRIM, 34 ed. Sociedade de Risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal. Barcelona: Ariel. 1962.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2000.
- MARTÍN, Luis Gracia. Modernización del derecho penal y derecho penal del enemigo. Lima: IDEMSA, 2007.
- MASSON, Cleber. Direito Penal – parte geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. Método, 2020.
- MATA BARRANCO, Norberto de la. Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados em uma autorización administrativa ilícita. Barcelona: CEDES, 1996.

- MEDEIROS, Carlos Henrique Pereira de. Direito Penal na “sociedade mundial de riscos” – Uma aproximação da crise da ciência penal frente às exigências do contemporâneo. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, n° 66, 2009.
- MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo “derecho penal” del enemigo? In: STRECK, Lênio (org.) *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco. Um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MERKEL, Adolf. *Derecho penal. Parte general. Traducción por Pedro Dorado Montero*. Buenos Aires/Montevideo: Euros Editores/B de F Ltda. 2006.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penale aleman. Tomo I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- _____. *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
- 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, 2004.
- NAVES, José Paulo Micheletto. *Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.
- NEVES, Eduardo Viana Portela. *A atualidade de Edwin H. Sutherland*. In: *Inovações do Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*, Org. Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: ESMPU, 2011.
- _____. *Crime de colarinho-branco: um enfoque criminológico*. In: *Revista ANPR Online*, n 9, 2009.
- PAPA, Douglas de Barros Ibarra. *O Bem Jurídico-penal como padrão crítico e critério legitimador das incriminações ambientais*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2013.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.
- PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquematizado de criminologia*. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

- POLAINO NAVARRETE, Miguel. El injusto típico em la teoria del delito. Corrientes: Mave, 2000.
- PRADO, Luiz Regis. Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. Bem Jurídico-penal e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- _____. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed, v. 1, 2002.
- _____. Curso de Direito Penal brasileiro. Parte geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Dos estudos de necessidade. São Paulo: Bushatsky, 1971.
- RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. Delitos de peligro, dolo e imprudência. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Conducta peligrosa e imprudência em la sociedade de riesgo. Granada: Comares, 2005.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. 2 ed. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- _____. Estudos de Direito Penal. Trad Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SADÉ, Carla Bacila. A consciência da antijuridicidade nos crimes econômicos. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário Curitiba. Paraná. 2012.
- SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 14 ed. Rio de Janeiro: Record. 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. A expansão do direito penal; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2, ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- _____. A expansão do direito: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.
- _____. Teoria Geral da Tutela Transindividual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coleção doutrinas essenciais: Direito Penal econômico e da empresa; v.1, 2001.
- SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. Brasília: Revista de Informação Legislativa, vol.50, nº197, jan/mar. 2013.
- SILVA, Juary C. A macrocriminalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, Robson Antônio Galvão da. O tratamento jurídico-penal do erro no direito penal socioeconômico. Dissertação de Mestrado, 2009, 229 páginas. Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal supra-individual. Interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. São Paulo: RT, 2006.

_____. Crise Econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Repatriação e crime. Aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SIQUEIRA, Leonardo. Formação histórica da culpabilidade: A passagem da concepção psicológica a normativa e suas relações com a medida da pena, In: Culpabilidade e Pena. [s.n]. 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Org. Artur de Brito Gueiros Souza, Brasília: ESMPU, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Estudos de Direito Econômico. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal Econômico – Fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin. 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Sexta turma, AgRg no Resp 1.672.532, julgado em 17/10/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda turma. HC 102.087, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 28/02/2012, publicado em 14/08/2012..

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Bien jurídico y función em derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

_____. Teorias do Delito: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TIEDMANN, Klaus. Poder económico y delito. Barcelona: Ariel, 1985.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Teorias do dolo e teorias da culpabilidade: teorias extremadas e teorias limitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 566, ano 71. 1982.

_____. O erro no direito penal. São Paulo: Saraiva. 1997.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª Região. Terceira turma. Apelação Criminal 0002768-77.2014.4.01.3900/PA. Relator Des. Federal Ney Bello, julgado em 03/03/2017, publicado em 28/03/2017.

VELOSO, Roberto Carvalho. A Inexigibilidade de conduta Diversa e sua aplicação no crimes Contra a Ordem Tributária. Tese de Doutorado, 240 folhas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

WELZEL, Hans. Derecho Penal aleman: parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. Direito Penal. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

_____. O novo Sistema Jurídico-penal. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

_____. El nuevo sistema del derecho penal. Montevideo: BdF. 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011

_____. Globalización y Sistema Penal en America Latina: De la seguridad nacional a la urbana. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. IBCCRIM, n. 20, 1997.

_____. Mesa redonda sobre o crime organizado. São Paulo: Revista brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 8, 1994.

ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades. In Revista da Fac. De Direito UFMG. Nº60, Belo Horizonte, 2012.