



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



**A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E SUA APLICAÇÃO
NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

ROBERTO CARVALHO VELOSO

TESE DE DOUTORADO

Área de concentração: Direito Público

Recife
2008

ROBERTO CARVALHO VELOSO

**A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES
CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

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

Área de concentração: Direito Público

Linha de pesquisa: Teoria da Tutela dos Bens Jurídicos

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Brito Albuquerque Pontes de Freitas

Recife
2008

Veloso, Roberto Carvalho

A inexigibilidade de conduta diversa e sua aplicação nos crimes contra a ordem tributária / Roberto Carvalho Veloso. – Recife : O Autor, 2008.

226 folhas.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2009.

Inclui bibliografia.

1. Culpa (Direito Penal) - Brasil. 2. Culpabilidade - Brasil. 3. Culpabilidade - Jurisprudência - Brasil. 4. Responsabilidade penal - Crimes contra a ordem tributária. 5. Direito Penal Tributário - Direito Penal Econômico. 6. Evasão fiscal - Brasil. 7. Extinção da punibilidade - Brasil. 8. Coação (Direito Penal) - Brasil. 9. Culpabilidade - Doutrinas e controvérsias - Brasil. 10. Direito penal - Doutrinas e controvérsias - Brasil. I. Título.

343.222(81)
345.8104

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2008-017

(Roberto Carvalho Veloso)

(A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES
CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA)

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

Área de concentração : Direito Público

Orientador: Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

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

Professor Dr. ANAMARIA CAMPOS TORRES (Presidente – UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Anamaria C. Torres

Professora Dr. FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS (1ª Examinadora - Católica MG)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Flaviane

Professor Dr. JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO (2º Examinador - UFPR)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Jacinto

Professor Dr. RAYMUNDO JULIANO REGO FEITOSA (3ª Examinadora - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Raymundo

Professor Dr. CLAUDIO ROBERTO C. BEZERRA BRANDÃO (4º Examinador - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Claudio

Recife, 13 de junho de 2008.

Coordenador Prof.º Dr.º. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais.

Aos meus filhos.

À Monica, minha companheira.

Ao orientador desta tese, Professor Doutor Ricardo de Brito Freitas.

Aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife.

À Universidade Federal de Pernambuco.

À Universidade Federal do Maranhão.

Ao Centro de Ensino Unificado do Maranhão.

O direito penal somente pode ser entendido como a última entre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas. É dizer que apenas se lhe pode fazer intervir quando falhem outros meios de solução social do problema, como a ação civil, os regulamentos de polícia ou administrativos, as sanções não-penais, etc. Por isso, se denomina a pena como a “ultima ratio” da política social e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. (Claus Roxin, 1997, p. 65)

RESUMO

VELOSO, Roberto Carvalho. **A inexigibilidade de conduta diversa e sua aplicação nos crimes contra a ordem tributária**. 2008. 226 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

Pretende-se demonstrar a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes contra a ordem tributária, na sociedade atual. Para combater a macrocriminalidade produzida no seio da sociedade de risco surge um novo Direito Penal, cujas principais características são a criminalização, ao invés da descriminalização, a sua utilização como instrumento de controle social e a criação de tipos penais abertos. Dentre as novas áreas de abrangência está o Direito Penal Econômico, gênero que tem como espécie o Direito Penal Tributário, uma vez que na ânsia de arrecadar o Estado dele lança mão para ameaçar o contribuinte a recolher o tributo devido, valendo-se de uma prática judicial autoritária, que se auspícia prescindir da individualização das condutas dos envolvidos no fato. Prova da utilização da ameaça de pena para arrecadar é a previsão legal da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo até a prolação da sentença, sinalizando que a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa no Direito brasileiro, mesmo considerando-a causa supralegal de exclusão da culpabilidade é medida que se impõe. Estudam-se, nesta pesquisa, as concepções normativas da culpabilidade como elemento do delito e a evolução da inexigibilidade de conduta diversa de causa supralegal de exclusão da culpabilidade até à condição de princípio regulativo do Direito. No entanto, a sua aplicação nos crimes contra a ordem tributária deverá ser feita, com rigor e cautela, pelo sopesamento dos princípios postos a julgamento.

Palavras-chave: Responsabilidade penal. Inexigibilidade de conduta diversa. Crimes contra a ordem tributária.

ABSTRACT

VELOSO, Roberto Carvalho. **The unexacting of diverse behavior and its application in the crimes against the order tax.** 2008. 226 p. Doctoral Thesis (PhD of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

Intended to demonstrate the unexacting of diverse behavior and its application in the crimes against the order tax, in the current society. To give solution to macro crime produced in the inside of the risk society, a new Criminal Law comes, whose main characteristics are the criminalization instead of the decriminalization, its use as an instrument of social control and the creation of open criminal conduct definitions. Amongst the new areas of content it is the Economic Criminal Law, genre that has the kind the Criminal Law Tax, since in the anxiety to collect duties, the State uses the Criminal Law to threaten the tax payer to collect the taxes due, by using an authoritarian criminal proceeding, that promotes to do without the individualization of conducts of the people involved in the fact. Proof of the use of the penalty threat to collect is the legal forecast for extinction of punishment by the payment of the tribute until the delivery of the judgement, signaling that the application of the no chargeability of conduct diverse in Brazilian Law, even considering it supra legal cause of exclusion of culpability, it is a providence to be imposed. It's studied in this search the normative conceptions of culpability as element of the crime and the evolution of the no chargeability of conduct diverse of supra legal cause of exclusion of the culpability until to the condition of regulative principle of the Right. However its application in the crimes against the order tax will have to be made with severity and caution from the balancing of the principles under the judgment.

Key-words: Criminal Liability. No chargeability of conduct diverse. Crimes against the order tax.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - A RESPONSABILIDADE PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.....	16
1.1 A RESPONSABILIDADE PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO.....	16
1.1.1 As características do Direito Penal na sociedade de risco.....	19
1.2 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA SOCIEDADE DE RISCO.....	21
1.2.1 A responsabilidade individual por atos da pessoa jurídica.....	21
1.2.2 A responsabilidade penal da pessoa jurídica por seus atos.....	31
CAPÍTULO 2 - O DESENVOLVIMENTO DOGMÁTICO DO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO COMO ESPÉCIE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	40
2.1 A AVIDEZ ARRECADATÓRIA DO ESTADO E A EVASÃO FISCAL	45
2.2 O BEM JURÍDICO TUTELADO PELO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO.....	50
2.3 A LEGISLAÇÃO REPRESSIVA AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O ADVENTO DA LEI 8.137, DE 27/12/1990.....	56
2.4 OS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 168-A E 337-A DO CÓDIGO PENAL.....	66
2.5 A AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA	74
2.5.1 O respeito à dignidade da pessoa humana como garantia fundamental no processo penal.....	74
2.5.2 A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária como ofensa aos princípios e garantias constitucionais.....	80
2.5.3 A necessidade do prévio exaurimento da via administrativa para o exercício da ação penal nos crimes contra a ordem tributária.....	85
2.6 A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO.....	94
CAPÍTULO 3 - A CULPABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.....	99
3.1 A CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CONCEITO DE CRIME.....	99
3.1.1 O princípio de culpabilidade.....	106

3.1.2	A culpabilidade e o princípio da proporcionalidade.....	110
3.1.3	A culpabilidade e o livre-arbítrio.....	115
3.1.4	A culpabilidade do autor e a culpabilidade do fato.....	118
3.2	AS TEORIAS DA CULPABILIDADE.....	122
3.2.1	A teoria psicológica da culpabilidade.....	122
3.2.2	A teoria psicológico-normativa da culpabilidade.....	126
3.2.3	A teoria normativa pura da culpabilidade.....	131
3.2.4	A culpabilidade no pós-finalismo.....	134
3.3	A CAPACIDADE DE CULPABILIDADE.....	137
3.4	A POSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO DO INJUSTO.....	143
3.4.1	A consciência potencial do injusto e as teorias extremada e limitada da culpabilidade.....	149
3.4.2	A exclusão da culpabilidade pela ausência da possibilidade de compreensão do injusto nos crimes contra a ordem tributária.....	155

CAPÍTULO 4 - A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E A SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.....		160
4.1	EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DA (IN) EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.....	160
4.2	PAPEL PRECURSOR DO REICHSGERICHT.....	170
4.3	INEXIGIBILIDADE OU EXIGIBILIDADE DE CONDUTA CONFORME O DIREITO.....	174
4.4	A (IN) EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E O CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE.....	178
4.5	LEGISLAÇÃO SOBRE A (IN) EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA EM PORTUGAL, ESPANHA E ALEMANHA.....	182
4.5.1	Portugal.....	182
4.5.2	Espanha.....	183
4.5.3	Alemanha.....	185
4.6	INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	187
4.6.1	Inexigibilidade de conduta diversa sob a forma de coação irresistível e obediência hierárquica na legislação brasileira.....	190
4.7	POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.....	193
4.8	APLICAÇÃO A UM CASO CONCRETO DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.....	197

CAPÍTULO 5 - PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.....		202
--	--	-----

CONCLUSÕES.....	206
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	216

INTRODUÇÃO

A presente tese de doutorado, denominada “A Inexigibilidade de Conduta Diversa e sua Aplicação nos Crimes contra a Ordem Tributária”, pretende demonstrar até que ponto as dificuldades financeiras vividas por uma empresa pode excluir a responsabilidade penal dos sócios em casos de supressão ou redução de tributos se as suas condutas estiverem previstas como crimes contra a referida ordem.

O estudo se desenvolve no contexto atual de uma sociedade de risco da qual surge um novo Direito Penal, que tem a pretensão de atender às novas demandas sociais, notadamente a macrocriminalidade e a proteção aos bens jurídicos supra-individuais. Nessa conjuntura, não se trata apenas de uma ampliação qualitativa que leva a definir novos comportamentos penalmente relevantes ou do aumento da reação punitiva, mas de uma construção que se produz em um contexto mais amplo, no qual se destaca o seu caráter expansivo e uma inclinação à antecipação da intervenção penal.

O Direito Penal atual se manifesta principalmente na parte especial da legislação específica, como é o caso dos crimes contra a ordem tributária, por meio do incremento de delitos já existentes ou da criação de outros. Nessa óptica, o novo Direito Penal se utiliza de três instrumentos básicos: o primeiro seria a orientação institucional da proteção de bens jurídicos coletivos ou supra-individuais, o segundo o recurso à técnica de tipos penais de perigo abstrato e o terceiro, consequência lógica dos dois primeiros, ao se operar com bens jurídicos universais e tipos penais de perigo abstrato, a tipificação de condutas sem vítimas.

Há uma transmutação do Direito Penal que, para tentar acalmar a opinião pública com a promessa de endurecimento da legislação, passa a ter um caráter simbólico. No entanto, a proposta de solução dos problemas sociais por meio do Direito Penal o deslegitima mais uma vez, porque não se trata de uma decisão fundamentadora dos fins da pena, pois, em outras palavras, não é ele utilizado para a proteção de bens jurídicos.

Daí a importância de um diagnóstico da atual sociedade de risco, quando a ordem do dia é o desejo de sensação de segurança e a prevenção de condutas indesejadas, gerando a criação de tipos penais abertos, o recrudescimento das penas e a conseqüente expansão do Direito Penal. Nesse quadro, vão perdendo força princípios basilares da responsabilidade penal, como o da culpabilidade e o da legalidade.

Tudo isso indica a expansão atual do Direito Penal, que busca a prevenção do que se convencionou chamar de macro ou extracriminalidade econômica, intimamente relacionada com os novos anseios de uma sociedade globalizada, aqui referida aquela praticada por entes corporativos e seus dirigentes. Aparece então, e sistematizado, o Direito Penal Econômico, no qual se inclui o Direito Penal Tributário, encarregado da repressão aos crimes fiscais.

Característica dessa nova área do Direito Penal é o seu entrelaçamento com o Direito Administrativo, quando os injustos penais se confundem com os injustos administrativos e vice-versa, em razão de suas semelhanças. Tal tendência privilegia a eficiência e a estabilidade da norma em detrimento da taxatividade e das regras de imputação, sem falar no alijamento dos princípios de ofensividade e de culpabilidade, acentuando-se os fins preventivos da intervenção penal.

No Brasil, essa tendência se reproduziu quando se tratou dos crimes contra a ordem tributária, trazendo para o Direito Penal matérias que poderiam estar na seara do Direito Administrativo, apostando-se pela inserção dos crimes fiscais no âmbito do Direito Penal como meio de prevenção geral positiva. Assim, o Direito Penal, que deveria ser o último recurso para o recolhimento dos tributos, passa a ser o primeiro, com a ameaça de prisão se destinando a obrigar o contribuinte ao pagamento, mesmo que para isso se quebre toda a estrutura da reparação posterior do dano como causa de diminuição da pena para transformar a saldação da dívida até sentença final numa causa de extinção da punibilidade.

Usa-se, pois, o Direito Penal na repressão aos ilícitos tributários tipificados na legislação, com o fim precípua de arrecadação de tributos e não para a proteção de bens jurídicos. Aliás, o objetivo de se recolher o máximo possível, sob a ameaça da imposição de pena ou de um processo penal estigmatizante, permeia toda a legislação tributária brasileira e a atuação das autoridades fazendárias.

É inegável que existe a discussão se a responsabilidade penal nos crimes contra a ordem tributária é objetiva ou subjetiva, em razão da proximidade da tipificação das condutas nos âmbitos penal e administrativo. Essa proximidade e a semelhança na tipicidade das condutas têm gerado divergências na doutrina e na jurisprudência, vez que algumas correntes querem, no âmbito penal e no que se refere à responsabilidade, aplicar os mesmos conceitos da seara administrativa.

Com o advento da Lei 8.137/90, que disciplina os crimes contra a ordem tributária, e da Lei 9.983/2000, que introduziu no Código Penal os arts. 168-A e 337-A, relativos ao recolhimento das contribuições previdenciárias, a questão voltou à baila não só quanto ao tipo de responsabilidade, se subjetiva ou objetiva, mas também se os crimes são de mera conduta, formais ou de resultado. No mesmo

passo, dá-se a discussão sobre a aplicação do princípio da culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária porque, uma vez definida a responsabilidade subjetiva, outra conclusão não pode haver senão a de que a culpabilidade, como o principal elemento do conceito de crime, deve estar presente em qualquer punição penal.

Assim, a análise da culpabilidade e a sua aplicação nos crimes contra a ordem tributária, a partir do surgimento da culpabilidade, ainda no Direito Penal Romano, com a investigação do dolo para a punição dos crimes, passando pela Baixa Idade Média, até chegar às discussões atuais sobre o tipo de culpabilidade, faz-se necessária para se alcançar a devida compreensão do princípio da inexigibilidade de conduta diversa. Esse princípio sublinhe-se, afirma-se com força no mundo jurídico pela doutrina e jurisprudência alemã, cujo precursor foi o julgamento, pelo Reichsgericht, do caso Leinenfänger.

Frise-se que é forte, entre os tributaristas, o entendimento de que é alta a atual carga tributária brasileira. Com efeito, matéria publicada na Folha de São Paulo (ARRECAÇÃO..., 2008, p. 26) demonstra a receita com tributos federais somou seiscentos e quinze bilhões e quinhentos milhões de reais em 2007, vinte e cinco bilhões a mais do que em 2006, mesmo sem a aprovação da CPMF.

Os brasileiros pagaram um bilhão e setecentos milhões de reais de tributos, por dia, no ano de 2007, representando um crescimento de 11% (onze por cento) em relação ao ano de 2006. Nesse quadro de elevada imposição tributária, na verdade um fardo excessivo para o contribuinte, a supressão ou redução de tributos se apresenta, em determinados casos, como uma forma de sobrevivência, apresentando, nessa situação, a inexigibilidade de conduta diversa como uma tese de defesa nos casos de acusação pela prática de crimes contra a ordem tributária quando a empresa ou a pessoa física passa por dificuldades financeiras.

A inexigibilidade de conduta diversa ainda produz perplexidade em casos de absolvição judicial cuja relação lógica da decisão com as causas de exclusão do crime e de isenção de pena não é alcançada por muitas pessoas leigas ou mesmo estudantes do Direito. Foi o que aconteceu no Brasil, por exemplo, em 1990, quando o então presidente da República, Fernando Collor de Mello, promoveu o confisco de valores depositados em instituições financeiras, provocando um problema de liquidez jamais visto na história brasileira.

Alguns empresários, com problema de caixa, não tiveram outra opção senão deixar de recolher os tributos devidos, preferindo pagar aos empregados e aos fornecedores, a fim de evitar a falência da empresa, que se veria numa crise trabalhista e obrigacional de difícil solução. Naquela situação, em circunstâncias tão diversas e inesperadas causadas pelo próprio governo federal, não era exigível dos empresários, outra conduta senão a de tentar salvar a empresa em detrimento da satisfação tributária, uma das hipóteses de ocorrência da aplicação da inexigibilidade de conduta diversa, pois não seria lícito exigir-se do empresário o sacrifício extremo do fechamento e falência da empresa para possibilitar o recolhimento dos tributos.

É forçoso, porém, reconhecer que poucas idéias têm sofrido tanta evolução no âmbito do Direito Penal quanto à inexigibilidade de conduta diversa, de modo que hoje se a entende como princípio geral de Direito Penal e não apenas como uma mera causa de exclusão da culpabilidade. Dessarte, no presente estudo ao tempo em que se recordarão as etapas essenciais da sua construção, dar-se-á atenção ao papel que esse princípio desempenha na atualidade do Direito Penal, em especial como medida despenalizadora nos crimes contra a ordem tributária.

Com a crise financeira e econômica pela qual passa periodicamente o Brasil, os tribunais nacionais têm sido chamados a julgar a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa aos crimes contra a ordem tributária, tornando relevante o estudo de um caso concreto, com todas as suas particularidades. Abordar-se-á, igualmente, a posição da doutrina, nacional e estrangeira, em especial em Portugal, Espanha e Alemanha.

No Brasil, os estudos até aqui desenvolvidos se dedicaram ao surgimento e desenvolvimento das concepções normativas da inexigibilidade de conduta diversa. A presente pesquisa vai mais longe porque, além de investigar o princípio à luz da atual sociedade de risco, o faz também e especificamente quanto à sua aplicação aos crimes contra a ordem tributária, apontando os requisitos objetivos para a sua aplicação e, ao final, propondo alteração legislativa com o fim de incluir o estado de necessidade exculpante no Código Penal brasileiro.

CAPÍTULO 1 - A RESPONSABILIDADE PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

1.1 A RESPONSABILIDADE PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Nas sociedades pós-industriais e na era da globalização¹, o incremento tecnológico do sistema de produção e consumo transformaram a realidade social, fazendo surgir novos bens jurídicos a serem protegidos e novas condutas a serem analisadas e estudadas no âmbito do Direito Penal.

Há até uma tendência de se dizer que o progresso tecnológico e o aumento das facilidades de transporte e comunicação indicam o desenvolvimento econômico de uma determinada sociedade, sendo uma das suas conseqüências a sofisticação da criminalidade. Nesse contexto, surge a macrocriminalidade, realizada por uma organização criminosa ou por uma empresa constituída para a prática de atos ilícitos.

Isso não é, porém, privilégio das sociedades desenvolvidas, como ilustra Cervini e Adriasola (2005, p. 10), uma vez que, apesar da evidência de que o desenvolvimento econômico propicie as condições ideais para a eclosão da macrocriminalidade, não se pode esquecer que as mais graves violações às normas penais de proteção à atividade econômica financeira são conhecidas das sociedades subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, como é o caso dos países da América Latina.

¹ Mercado (2005, p. 119) define globalização como sendo uma cadeia de processos econômicos, políticos, científicos e culturais, que vão desde a mundialização da economia até a revolução e transformação tecnológica, modificando o cenário das condições da vida social que hoje se descreve com a palavra globalização.

É importante deixar de logo registrado que o crime organizado² possui caráter transnacional, ultrapassando o espectro de aplicação das leis penais nacionais. Dessa forma, os crimes de lavagem de dinheiro e os seus crimes-meio – financeiros, tributários, fraudes bancárias – ganham maior grau de sofisticação e eficiência e se tornam difíceis de apuração e repressão pelas autoridades nacionais.

Outro fator importante na análise da macrocriminalidade é o uso e o abuso do poder político, econômico ou intelectual. Para Adeodato (2002, p. 67), o poder não seria um elemento concentrado como atributo de uma pessoa ou grupo, mas uma relação divisível, que pressupõe a existência de uma sociedade altamente complexa.

A esses fatores deve-se somar, na análise da macrocriminalidade, a especificidade profissional. Cervini e Adriasola (2005, p. 22) afirmam que o acréscimo dessa especialização profissional tem como maior manifestação o domínio funcional operativo dos meios tecnológicos, de modo que tal circunstância pode incidir de forma autônoma e determinante para que muitas condutas nocivas não sejam alcançadas pelo sistema penal.

A atividade da macroadelinquência é realizada, na maioria das vezes, sob o manto de uma legalidade aparente. As organizações criminosas avançadas atuam de uma maneira que parece lícita, com uma fachada que esconde a verdadeira faceta, sendo imperioso reconhecer que, para sobreviverem e se viabilizarem sob aparente legalidade, estabelecem contatos e apoios no legislativo, no executivo e no judiciário, além, é claro, de no ramo empresarial.

A macroadelinquência, demonstrando seu alto poderio financeiro, na sua atividade criminosa movimentava grandes somas de dinheiro, como se pode, por exemplo, constatar no comércio ilegal de entorpecentes. Coyle (2003, p. 38) diz que

² O delito empresarial ou societário não se equipara ao crime organizado, principalmente no que se refere ao seu combate. Não é de pensar, por exemplo, na infiltração de agentes policiais e no instituto da delação premiada nos delitos societários, a não ser que se trate de uma empresa mafiosa.

quatrocentos bilhões seriam provenientes do tráfico de drogas empregando perto de 20 milhões de pessoas, dispondo de 70 a 100 milhões de consumidores.

Isso acontece nos tempos atuais de uma sociedade de risco³, a qual, para Buergo (2001, p. 25-30), apresenta três características. A primeira seria a mudança dos perigos atuais em relação aos de outras épocas, como desastres naturais ou pragas, para a exploração e manejo de energia nuclear, produtos químicos, recursos alimentícios, problemas ecológicos e tecnologia genética, entre outros. Essas ameaças da modernização e da globalização são conseqüências do progresso tecnológico, na maioria das vezes não previstos e inicialmente dirigidos a finalidades positivas.

A segunda característica é a complexidade organizativa das relações de responsabilidade, o que dificulta a investigação e o desvendamento das condutas lesivas em razão da constante substituição dos contextos de ação individual por outras, de caráter coletivo, de sorte que a responsabilidade pelos fatos se ramifica cada vez mais por meio de processos para os quais contribuem várias pessoas, físicas ou jurídicas. A terceira é a sensação de insegurança subjetiva, que provoca uma demanda crescente por mais legislação penal, na busca de uma proteção objetiva, fazendo o binômio risco-insegurança com que os indivíduos reclamem ao Estado a prevenção ao risco e a otimização dos recursos de segurança.

Pérez (2005, p. 263) defende que, além dessas características, deve-se incluir a resistência psicológica dos indivíduos ao caso fortuito, o que leva, como conseqüência, à eliminação de espaços de risco permitido, ao incremento das infrações de deveres de cuidado e à proposta de aumento da tipificação de delitos

³ Buergo (2001, p. 23) afirma que foi o sociólogo alemão Ulrich Beck que desenvolveu o modelo teórico da sociedade de risco, rapidamente incorporada às reflexões sobre a evolução atual do Direito não só no âmbito penal, mas também em outros ramos do ordenamento, predominantemente nos Direitos Civil e Mercantil.

de perigo. Outro fator relevante para essa expansão seria uma identificação social mínima com o autor, tornando-se a lei penal na Carta Magna da vítima.

1.1.1 As características do Direito Penal na sociedade de risco

A sociedade de risco produz um novo Direito Penal, que se caracteriza principalmente por uma política não de descriminalização, mas de criminalização. O legislador se preocupa muito mais com a parte especial do Código Penal e com a legislação extravagante que com a parte geral e o sistema de penas e medidas de segurança, o que implica o surgimento de novos tipos penais em áreas como meio ambiente, tributação, economia, processamento de dados e criminalidade organizada⁴.

Outro aspecto importante é o incremento da utilização do Direito Penal como instrumento de controle social, sendo o Direito Penal de risco usado como mecanismo formal de controle das fontes de perigo de origem sistêmica⁵. Garland (2001, p. 276) esclarece que no momento atual não há uma transformação das instituições, o abandono de velhas práticas e instituições e a criação de outras, nem ocorrem processos de abolição, como houve quando se desmantelaram o cadafalso e a força e em seu lugar se construíram penitenciárias. Não existem notícias de um processo de construção de instituições comparável com os tribunais juvenis, o serviço do livramento condicional e a individualização da pena: ao contrário, o sistema de justiça penal se expandiu enormemente no que se refere à quantidade de judicialização dos casos ao número de funcionários e aos elevados gastos orçamentários, sem mencionar a construção de estabelecimentos penais.

⁴ Vide HASSEMER (1999, p. 52).

⁵ Vide GARLAND (2001).

No atual estágio de evolução do Direito Penal é realmente extraordinário o avanço dos delitos de perigo abstrato. É constatável, pelo simples acompanhamento do trabalho do legislador penal, a crescente utilização de tipos de perigo abstrato, de delitos de consumação antecipada e de punição a atos preparatórios, a fim de oferecer respostas rápidas de controle de condutas.

Hassemer (1999, p. 60) afirma ser cada vez mais patente, sobretudo no Direito Penal Econômico e no do meio ambiente, que os pressupostos tradicionais da imputação individual se constituem obstáculo para uma política criminal eficaz. Com efeito, a imputação individual, principal virtude do Direito Penal tradicional, tornou-se um óbice, ao emprego dos meios jurídicos do novo Direito Penal, inserindo-se esta tendência, a agravação das penas e os tipos penais abertos.

Há, assim, uma inclinação pelo desapego aos bens jurídicos individuais e a opção legislativa pela proteção dos bens jurídicos supra-individuais ou universais, exatamente porque a introdução de bens jurídicos com perfis difusos é uma das características do Direito Penal atual. É que, segundo Buergo (2001, p. 69), o alijamento da proteção de bens jurídicos individuais ou mesmo a preterição do conceito de bem jurídico caracteriza um Direito Penal sem tanta relação com o castigo e a repressão a danos individuais concretos, mas fortemente ligado à mera inobservância de normas organizativas, ou seja, com a proteção de condições ou bases de segurança e a prevenção de perturbações sociais.

1.2 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA SOCIEDADE DE RISCO

1.2.1 A responsabilidade individual por atos da pessoa jurídica

Não se pode negar que a empresa seja geradora de riscos. Na sociedade pós-industrial, o consumo exagerado e o avanço tecnológico justificam a existência de riscos ditos coletivos ou de massa, porém os indivíduos vêem a necessidade de limitá-los para que não fujam ao controle e não produzam lesões a bens juridicamente protegidos⁶. A empresa é, pois, uma fonte de riscos para bens fundamentais como a vida e a saúde, quer no processo de produção, quando causa acidentes no trabalho pelo manuseio da máquina, quer com os próprios bens produzidos pela atividade industrial, com a elaboração de mercadorias e alimentos em grande escala, quer ainda pela liberação dos dejetos industriais, como a emissão de gases tóxicos e o descarte de produtos radioativos.

Zuñiga Rodríguez (2004, p. 269) afirma que o progresso das pessoas jurídicas, em particular as sociedades anônimas e as de responsabilidade limitada, foi concebido pela análise do custo-benefício entre risco e responsabilidade. Os membros das sociedades limitam-lhe o risco pela determinação da responsabilidade na própria pessoa jurídica, produzindo-se, nesses casos, uma cisão entre quem atua e quem se responsabiliza pelo fato o que significa que há, na atuação de pessoa jurídica, uma dissociação entre a ação e o sujeito jurídico imputável.

⁶ Ramonet (2002, p. 20) diz que o volume de negócios da General Motors é superior ao PIB da Áustria e que cada uma das cem empresas globais mais importantes do mundo (controlam 70% do comércio internacional) e vende mais que exporta qualquer dos 120 países mais pobres, sendo que essas macroempresas controlam 70% do comércio mundial.

Por essas razões, diversos autores desde 1990, travam essa discussão sobre a obsolescência do Direito Penal tradicional em face da macrocriminalidade econômica⁷. Surge, então, a idéia de um novo Direito Penal, destinado a alcançar a pessoa jurídica a partir da necessidade de uma política criminal eficaz, daí que Hassemer e Muñoz Conde (1995, 16) defendem que deve prescindir de conceitos metafísicos, reconhecendo nos tradicionais pressupostos da imputação jurídico-penal um obstáculo a uma concepção preventiva. Ou seja, a imputação individual, típica do Direito Penal tradicional, deve adaptar-se às novas exigências do mundo atual.

Já existem, aliás, algumas definições do novo Direito Penal. Cardoso (2004, p. 1325) diz que o Direito Penal de risco se caracteriza pela pretensão de se desenvolver como um Direito Penal preventivo, que enfrente as novas grandes ameaças da sociedade moderna antecipando a proteção de bens jurídicos mediante a criação de tipos penais abertos, os quais devem ser preenchidos pelo juiz, além da punição em grande escala dos atos omissivos.

Outra tendência é a mitigação do princípio da culpabilidade, punindo-se pela mera realização do ato, sob uma presunção ou simplesmente por fato atribuído a terceiro, com a aplicação da analogia entre tipos legais. Por fim, e principalmente, resolve-se a possibilidade de punição penal da pessoa jurídica, como se vê em países europeus, a exemplo da França.

Sejam pertencentes ao sistema jurídico anglo-americano, sejam ao de codificações da Europa continental, a maioria dos países reconhece que a responsabilidade penal tem como princípio maior a legalidade. No Brasil, tal princípio decorre da Constituição Federal (art. 5º, XXXIX): *nullum crimen, nulla poena, sine*

⁷ Esse termo é utilizado por Silva (1980).

praevia legem. Assim, deve ser antes de tudo considerada a premissa de que punir requer autorização expressa da Constituição e da lei.

Há, no Brasil, previsão constitucional e legal de punição penal da pessoa jurídica pelos atos lesivos ao meio ambiente. Isso é o que se infere da leitura do art. 225, § 3º, da Constituição Federal: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Autores há, no entanto, que defendem que a Constituição Federal admitiu a responsabilidade penal da empresa, indistintamente, para todos os crimes e não só para os ambientais. Ribas (1997, p. 97-98), por exemplo, afirma categoricamente que essa admissão está no seu art. 173, § 5º, que estabelece que a pessoa jurídica é responsável nos atos contra a ordem econômica, não discriminando expressamente a que se referia, o que leva a concluir que se trata de todas as espécies de responsabilidade, inclusive a penal.

Tal posição, porém, encontra sérios obstáculos diante do princípio da culpabilidade e da legalidade (art. 1º, XXXIX, da CF), este último, em razão de, fora dos casos ambientais, não haver lei que estabeleça a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Mesmo nos crimes ambientais, que há lei tipificando condutas a serem praticadas por pessoa jurídica, é difícil, no âmbito penal, falar-se em responsabilização da pessoa jurídica porque toda a doutrina a respeito da conduta punível está fundada em quatro elementos básicos: 1) ação; 2) tipicidade; 3) antijuridicidade; 4) culpabilidade.

Segundo Roxin (1997, p. 194), ação é uma conduta humana relevante no mundo exterior, dominada ou ao menos dominável pela vontade, de modo que, para

ele, não são ações em sentido jurídico os efeitos produzidos por forças naturais ou animais, nem os atos de uma pessoa jurídica. Luzón Peña (1996, p. 265) afirma que a diferença entre as condutas do homem e os fenômenos naturais ou dos atos dos animais é a sua dependência da vontade, cujo conceito é mais amplo que os de finalidade ou intencionalidade, já que pressupõe a existência de uma consciência e inteligência do aparato cerebral e do sistema nervoso central, ou, em outras palavras, da instância anímica-espiritual que, na terminologia psicanalítica, se denomina “eu”.

Essa também é a posição de Jescheck e Weigend (2002, p. 243), segundo a qual as pessoas jurídicas somente têm capacidade de atuar por meio das pessoas físicas, pelo que não podem ser castigadas por si mesmas, além do que, em relação a elas, a desaprovação ético-moral não produz nenhum resultado, porque a reprovação culpável apenas pode alcançar as pessoas individuais e não membros não intervenientes ou vinculados a uma massa patrimonial. A punição de coletivos de pessoas é, assim, incompatível com o Direito Penal tradicional, especialmente se se considerar os conceitos de ação e culpabilidade, postulando ainda o autor que para se punir a pessoa jurídica é necessária a criação de outras regras e categorias, ainda mais que, existindo as penalidades administrativas, as sanções penais são inócuas.

Essa posição tem fundamento no aforisma *societas delinquere non potest*, gerado a partir da teoria da ficção, desenvolvida por Savigny (apud Rodrigues, 1995, p. 65), segundo a qual as pessoas jurídicas não existem no mundo real e não podem por isso, realizar os elementos típicos de uma conduta punível. Para os adeptos da teoria da ficção, na atual estrutura do Direito Penal não se concebe uma pessoa jurídica com poderes para refletir e agir, o que significa que somente respondem

pelos delitos praticados no âmbito de uma empresa as pessoas físicas na medida de suas culpabilidades, já que o agrupamento em si não se submete a nenhuma pena.

Para Dotti (1995, p. 187), a melhor compreensão da norma leva à conclusão de que tanto a pessoa física quanto a jurídica podem ser responsabilizadas civil, tributária e administrativamente, porém a responsabilidade penal permanece com natureza eminentemente humana. Segundo Dotti (1995, p. 180), a pessoa jurídica, também chamada de pessoa moral, ou no dizer de outros autores, pessoa civil, pessoa mítica, pessoa fictícia, pessoa abstrata ou pessoa coletiva, é uma ficção criada pelo Direito e, desse modo, separada das pessoas naturais que a fazem atuar⁸.

Em países como Alemanha, Itália e Espanha é forte a posição dogmática de a pessoa jurídica não ser sujeito ativo de crimes, sempre levando em consideração a ausência de capacidade de ação e de culpabilidade. Para Cervini e Adriasola (2005, p. 49), a pretendida necessidade de penalizar a pessoa jurídica contém apenas um Direito administrativo disciplinar ao qual se agrega uma nota estigmatizante para acalmar certos círculos, e não um Direito Penal propriamente dito.

Os autores asseveram que a concretização da responsabilidade penal das pessoas jurídicas implicaria um desnecessário menoscabo ao princípio da responsabilidade pessoal e um retrocesso dogmático inócuo, que poderia redundar em mais casos de impunidade das pessoas físicas dirigentes do ente coletivo. A punição unicamente da pessoa jurídica levaria à possível satisfação da opinião pública, enquanto os verdadeiros culpados ficariam livres para atuar por meio de outras sociedades.

⁸ Vide SILVA (2003).

Também nessa seara se encontra Cerezo Mir (1992, p. 70), para quem a pessoa jurídica carece de capacidade de ação no sentido estrito do Direito Penal, impossível de ter capacidade de culpabilidade e sofrer a pena, uma vez que somente o homem, como indivíduo, pode ser sujeito ativo de delito. Essa é a conclusão a que se chega sob a ótica da teoria tradicional do delito, desenvolvida, desde o início, sob o fundamento de uma concepção individualista do injusto e da culpabilidade, tanto que Roxin (1997, p. 319) diz que a ação é antijurídica se for obra de um determinado autor.

A teoria finalista da ação, proposta por Welzel (1997), é a expressão maior da responsabilidade pessoal do autor, construída sob a tese do injusto pessoal tendo como base a teoria do delito. Essa concepção exigiu todo um sistema penal apoiado na conduta pessoal de uma pessoa física, desde a imputação subjetiva até a culpabilidade, inviabilizando-se, desse modo, a punição das pessoas jurídicas.

Assim, como afirma Zuñiga Rodríguez (2004, p. 278), devido à impossibilidade de se punir a pessoa jurídica, a legislação optou pela adoção dos seguintes modelos de responsabilização, quando os fatos são por essa pessoa cometidos: a responsabilização dos órgãos e representantes e a responsabilização do titular da empresa. Apesar de a Espanha e a Alemanha adotarem o primeiro modelo⁹ optou-se no Brasil, pelo segundo¹⁰.

Zuñiga Rodríguez (2004, p. 281) defende que a melhor interpretação desse modelo de responsabilização é a que integraria a situação do dever de atuar com a

⁹ Zuñiga Rodríguez (2004, p. 274) diz que o art. 31 do CP espanhol e o art. 14 do CP alemão contêm uma disposição de extensão da responsabilidade ao representante, apesar de este não possuir os atributos necessários e requeridos pelo tipo penal, sendo possível transferir-se as características próprias da pessoa jurídica ao seu representante, a fim de responsabilizá-lo.

¹⁰ Segundo Lopes (2002, p. 61): o sujeito ativo do crime de sonegação fiscal é a pessoa física constitucionalmente destinatária tributária, que realiza a conduta típica descrita nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, senão aquele que detém o poder de ordenar ou realizar o pagamento de tributos no caso do artigo primeiro e quem deve cumprir por expressa disposição normativa as obrigações acessórias por, no caso do artigo segundo.

posição de garante do sujeito ativo, a qual se apresenta quando corresponde ao sujeito uma específica função de proteção do bem jurídico ou uma função pessoal de controle de uma fonte de perigo. A esse respeito, Mir Puig (1998, p. 306) afirma que a posição de proteção do bem jurídico afetado ou uma função pessoal de controle de uma fonte de perigo se acha amplamente difundida na doutrina alemã. Trata-se, para ele, da “teoria das funções”, procedente de Armin Kaufmann, que fundamenta a posição de garante na relação funcional materialmente existente entre o sujeito e o bem jurídico, de sorte que se supera assim a anterior doutrina, a “teoria formal do dever jurídico”, que para decidir a ocorrência da posição de garante atendia a suas fontes formais, em regra se mencionavam a lei, o contrato e a atuação precedente¹¹.

Aliás, essa responsabilização deverá ser sempre subjetiva. É que como corolário do Estado Democrático de Direito, somente se deve punir outrem pela acusação da prática de crimes quando, provado o fato e a conduta, também ficar demonstrado o elemento anímico: dolo ou culpa.

Entretanto, quando alguns intérpretes e aplicadores do Direito defendem a punição com a simples prova do nexo de causalidade material, sem preocupação com a análise do dolo e da culpa ou sem ter ficado demonstrada a culpabilidade do agente, querem, na verdade, a aplicação pura e simples da responsabilidade penal objetiva aos crimes contra a ordem tributária.

Ao se agir dessa forma, consagra-se a aplicação das disposições do Código Tributário Nacional¹², de natureza administrativa, ao Direito Penal, punindo-se

¹¹ O CP brasileiro previu no § 2º do art. 13 as hipóteses da posição de garante: a) ter por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) criar com seu comportamento anterior, o risco da ocorrência do resultado.

¹² O princípio da aplicação de sanção por descumprimento da legislação tributária sem uma análise acerca da ocorrência do dolo e culpa e da presença da culpabilidade está prevista no art. 136 do Código Tributário Nacional: “Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da

independentemente da comprovação da culpabilidade do sujeito passivo, bastando, para tanto, que a legislação específica seja contrariada. Foi o que ocorreu em julgamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, efetuado na Apelação Criminal n. 2002.01.00.004155-2/RO (DJU, 6.6.2003), ocorrido em 15.4.2003, cujo relator foi o desembargador federal Luciano Tolentino Amaral, que, ao inverter para o réu o ônus da prova, admitiu a culpa presumida do administrador da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem tributária, desde que conste tal função no contrato social¹³.

No Direito Penal, tal posição não é adotada pacificamente nos outros tribunais brasileiros, nem pode ser literalmente aplicada. É pública e notória a situação da mulher do administrador de fato, que não raro figura no contrato social como sócio-gerente sem ter, na verdade, nenhum poder de decisão. Há também a daqueles meros empregados, sem condições materiais de serem sócios da empresa, que assinam o contrato social apenas formalmente, mas nunca tiveram qualquer mando.

A esse respeito, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Criminal n. 97.04.39564-7/PR (DJU, 4.2.98), cujo relator foi o ministro Gilson Dipp (BRASIL, 1998c, p. 143), então juiz daquela corte, que a responsabilização penal deve recair sobre quem efetivamente pratica atos decisórios de recolhimento de impostos e contribuições.

A responsabilidade penal objetiva prescinde da análise se o agente tinha o conhecimento e a vontade de realizar os elementos do tipo penal, sendo-lhe

legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

¹³ O administrador, assim assentado no contrato social ou estatuto, é o responsável, por presunção lógica e pela chamada “culpa in vigilando”, pelo crime de sonegação fiscal praticado. Essa presunção é, todavia, *juris tantum*, reservando-se à prova a confirmação da negativa (art. 156 do CPP), como o ocorrido no concreto, onde a feitura das notas “calçadas” é atribuída aos réus, que não provaram o contrário. (BRASIL, 2003, p. 157)

suficiente o nexo de causalidade material entre a conduta e o resultado. Daí que Machado (2001, p. 121) diz que é um equívoco, em se tratando de crimes ocorridos no âmbito das empresas, a adoção da responsabilidade penal objetiva ou a adoção da responsabilidade por fato de outrem porque os artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 e os 168-A e 337-A do Código Penal somente se dão por dolo direto ou eventual, não sendo previstos na forma culposa.

Há uma questão envolvendo os crimes contra a ordem tributária que é a responsabilidade pelas condutas supostamente causadoras de ilícitos. Isso porque as empresas são pessoas jurídicas, constituídas por vários sócios. A Lei 8.137/90 trouxe uma luz sobre o problema ao estabelecer no seu artigo 11: “quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Vê-se, portanto, que não basta ser sócio da pessoa jurídica envolvida nos crimes contra a ordem tributária para ser denunciado ou mesmo punido, apesar de o artigo acima citado apenas repetir o que o art. 29 do Código Penal já dizia. Bacigalupo E. (1974, p. 41) aponta que “um Direito em que é preciso se responder pelo que se é, e não somente pelo que se fez, não é um Direito penal da culpabilidade”. Daí é que não bastará à acusação provar simplesmente que houve o resultado, ou seja, a supressão ou redução de tributo ou contribuição social, é preciso provar quem fez e se quem assim agiu o fez dolosamente e com culpabilidade.

Não é possível, assim, a responsabilidade objetiva, para a qual basta a prova da ocorrência do resultado. Gomes (1994, p. 247) diz que esta se dá quando alguém é punido sem ter atuado com dolo ou culpa ou quando, mesmo punido sem

culpabilidade, não pôde, nas circunstâncias concretas, atuar de modo diferente. Para o autor, não é suficiente, para a existência da responsabilidade penal, um simples fato ou um resultado perturbador ou lesivo a bens jurídicos, entendimento consagrado pelo STJ no Resp n. 113.964/PE (BRASIL, 1998a, p. 188), cujo relator foi o ministro Edson Vidigal, segundo o qual para a caracterização do delito previsto no art. 95, d, da Lei 8.212/91 faz-se necessário o elemento subjetivo, no caso o dolo. Tal jurisprudência aplica-se ao art. 168-A e 337-A do Código Penal, os quais repetem as condutas previstas na lei de 1991.¹⁴

Tal afirmação é uma conclusão lógica do art. 18 do Código Penal pátrio, pelo qual os crimes são, em regra, dolosos, somente permitida a culpa quando expressamente a lei assim o disser, daí que todos os tipos penais dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 se configuram como dolosos. Aliás, o art. 1º da referida Lei exigiu, para a caracterização do crime, além do dolo genérico em todas as condutas, o elemento subjetivo especial do tipo, o qual consiste na vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributos ou contribuição social e qualquer acessório, sendo que, em caso de a intenção do agente ser diversa da referida no caput do art. 1º, deixará de haver o crime.

Não pode, desse modo, caracterizar crime o simples inadimplemento e nem sempre o administrador malsucedido, que deixa de recolher seus tributos, será considerado criminoso. A lei penal estabelece que os crimes somente se realizam por culpa ou dolo, não bastando onexo causal, de sorte que se impor penas criminais a alguém sem que se prove o seu ânimo ou quando é ele desprezado significa o reconhecimento da responsabilidade objetiva.

¹⁴ Para a caracterização do delito previsto na Lei 8.212/91, art. 95, d, é imprescindível a existência do elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de apropriar-se indevidamente dos valores devidos à previdência. (BRASIL, 1998, p. 188).

Cernicchiaro (1995, p. 126) assevera que hoje está banida da melhor doutrina a ressalva de a responsabilidade objetiva reforçar o Direito Penal. Com efeito, a própria Constituição Federal, no art. 5º, XLV, ao estabelecer o princípio da responsabilidade pessoal, rechaçou aquela outra, mediante a vinculação psicológica do delinqüente ao fato típico.

1.2.2 A responsabilidade penal da pessoa jurídica por seus atos

Entre aqueles que defendem a punição da pessoa jurídica, a teoria mais aceita é a da realidade, também chamada de organicista, segundo a qual essa pessoa, dotada de existência concreta, possui vontade própria. Aliás, essa teoria visa a demonstrar a real existência dos entes coletivos através de cinco razões: biológica, fisiológica, sociológica, institucional e técnica.

Na concepção biológica, a pessoa jurídica é uma realidade natural e um sujeito de direito resultante da existência de vários membros, postulando a razão fisiológica que os indivíduos, ao associarem-se, criam um outro ser, real, com vida própria e decorrente da vontade dos que o formam, sem mencionar que, sociologicamente, a pessoa jurídica possui concretude objetiva e institucionalmente se dota de uma personalidade jurídica, que é um atributo conferido pela ordem jurídica estatal. Já a razão técnica proclama que a pessoa jurídica adquire personalidade quando interesses distintos são unificados pela organização, o que possibilita o surgimento da vontade coletiva.

Os defensores da teoria da realidade ou organicista dizem que a impossibilidade de sancionar as pessoas jurídicas encontra-se, atualmente, ultrapassada e contornada, pois as penas alternativas lhes podem ser perfeitamente

aplicadas, além do que o Direito Penal moderno estipula multas, dissolução e outros tipos de sanções aos entes coletivos. Para atender a essa demanda, surge um novo ramo: o Direito Penal da empresa ou da pessoa jurídica¹⁵.

A emersão desse novo ramo do Direito Penal deveu-se à necessidade de punição aos delitos econômicos praticados por intermédio de ente coletivo. Cervini e Adriasola (2005, p. 103) defendem que o Direito Penal da empresa participa dos condicionamentos sociais, normativos e metodológicos de uma categoria maior, o Direito Penal Econômico, na medida em que tanto um quanto o outro tutelam bens jurídicos com potencial projeção macrossocial.

Terradillos Basoco (1995, p. 15) postula que o Direito Penal da empresa estuda os delitos societários e as normas estruturadas em função da atividade produtiva e de intercâmbio de bens que a fazem progredir, compreendidos aí os delitos contra a liberdade de mercado, contra os consumidores, contra o meio ambiente e contra a fazenda pública. Tiedemann (1999, p. 27), por sua vez, afirma que não é por acaso que o legislador europeu admite, desde o nascimento do Direito Penal Econômico moderno, na segunda década do século passado, algumas exceções ao dogma *societas delinquere non potest*.

Ao consagrar tal visão, o novo Código Penal francês, em vigor desde 1º de março de 1994, estabeleceu diversos crimes que podem ter como sujeitos ativos as pessoas jurídicas, destacando-se o homicídio culposo, a lesão corporal culposa, o tráfico de entorpecentes, a corrupção ativa, os delitos econômicos, os de poluições hídrica e atmosférica, os de trabalho clandestino, etc. Segundo Sanctis (1999, p. 40), a legislação francesa exigiu duas condições básicas para fundamentar a punição

¹⁵ Machado, H. (2001, p. 110-111) prefere o emprego do termo empresa, em vez de pessoa jurídica, porque muitas pessoas jurídicas não são empresas e muitas empresas eventualmente podem não ser pessoas jurídicas. O termo empresa designa a unidade econômica ou profissional a que se refere o art. 123, do Código Tributário Nacional.

dos entes coletivos: a prática da infração por um órgão ou representante legal e o objetivo almejado ser de interesse ou proveito exclusivo do grupamento.

Diz Martín (2001, p. 37-38) que o cometimento de crimes no curso da atividade de uma pessoa jurídica, especialmente se empresa com fins econômicos, sem dúvida traz graves e importantes problemas de ordem político-criminal, às quais o legislador deve oferecer respostas eficazes. Segundo o autor, a principal questão é se a essas possíveis respostas cabe optar pelo estabelecimento e imposição de penas à pessoa jurídica, independente ou cumulativamente com a prevista à pessoa física.

No Brasil, a Lei 9.605/98 regulamentou o disposto no art. 225, § 3º, da CF, responsabilizando penalmente a pessoa jurídica nos casos em que a infração contra o meio ambiente tenha sido praticada por decisão de seu representante legal ou contratual ou por seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade, e estabelecendo as penas de multa, restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade, sem prejuízo das aplicadas ao administrador responsável.

Tiedemann (1999, p. 27) afirma que, na realidade atual, a maior parte dos delitos dos negócios ou socioeconômicos são cometidos com a ajuda de uma empresa e que o crime organizado se serve da maior parte das instituições da vida econômica, como as financeiras, sociedades de exportação, etc.¹⁶ No Brasil, como

¹⁶ Segundo Tiedemann (1999, p. 28), há cinco modelos diferentes de punição da pessoa jurídica: a) responsabilidade civil (subsidiária ou cumulativa) da pessoa jurídica moral pelos delitos cometidos por seus empregados; b) medidas de segurança que fazem parte do moderno sistema de Direito Penal, sem negar a procedência do Direito Administrativo, inclusive do poder de polícia; c) sanções administrativas (financeiras e outras) impostas por autoridades administrativas, mas profundamente reformuladas recentemente em alguns países, sob diversos aspectos para, enfim, formar um regime “quase penal”; d) responsabilidade criminal (re) introduzida na Europa por vários países, e também conhecida na Austrália, na América do Norte e Japão, com a necessidade evidente de não desconsiderar no Direito as diferenças de fato entre autor físico e pessoa jurídica; e) medidas mistas, de caráter penal, administrativo ou civil, como a dissolução da empresa e a nomeação de um interventor, conhecidas por exemplo no Direito francês antes mesmo da recente reforma e proposta ultimamente por movimentos de política criminal, como por exemplo os da Alemanha.

na Europa, há uma íntima relação entre o Direito Penal Tributário aplicado pelas instâncias judiciais e o Direito Tributário Penal aplicado pelas instâncias administrativas, em razão de que pelo mesmo fato existe previsão de punição administrativa e penal, ocorrendo que, no âmbito administrativo, as pessoas jurídicas são passíveis de punição, enquanto no judicial, em particular no Brasil, somente é possível a pena nos ilícitos contra o meio ambiente.

Todo o problema emerge quando se percebe que no Direito Administrativo as pessoas jurídicas são punidas pela conduta ilícita, sem necessidade de investigação do ânimo, uma característica da responsabilidade objetiva, enquanto para punir-se no âmbito penal é necessária a tipificação dos elementos da responsabilidade subjetiva - o dolo, a culpa e a culpabilidade. Dessa forma, se o sistema penal está baseado na imputação subjetiva, é imprescindível, para punir penalmente a pessoa jurídica, a existência de critérios subjetivos para os entes coletivos.

Bacigalupo, S. (1998, p. 359) propõe as seguintes opções para punir a pessoa jurídica: a) rebaixar as exigências do princípio da culpabilidade; b) elaborar um sistema específico de responsabilidade penal das pessoas jurídicas; c) relegar as suas condutas ao âmbito administrativo ou civil. Zuñiga Rodríguez (2004, p. 292), por sua vez, sugere duas soluções: a) utilizar os mecanismos de imputação existentes na dogmática penal, os quais demonstrariam funcionalidade até para aplicar as sanções penais às pessoas jurídicas; b) criar um outro sistema de imputação penal para o próprio ente, construindo categorias e princípios especialmente elaborados a partir das características das organizações complexas.

As duas propostas têm em comum a edificação de um novo sistema de Direito Penal específico para a punição de pessoas jurídicas, idéia que ainda será

analisada mais detidamente. No momento, abordar-se-ão as propostas “a” e “c” de Silvana Bacigalupo e a “a” de Zuñiga Rodriguez.

A proposta de Silvana Bacigalupo, que minimiza o princípio da culpabilidade, não tem condições de sua implantação dentro do atual sistema constitucional, porque, conforme Brandão (2002, p. 132), a culpabilidade é o elemento mais importante do crime. É que o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado ou responsabilidade objetiva. Também Freitas (2002, p. 39) afirma que o princípio da imputação pessoal impede a responsabilização da pessoa jurídica.

Palazzo (1989, p. 52) diz que o fundamento constitucional da culpabilidade é substancial-personalístico, com raízes no princípio da dignidade humana, daí que a culpabilidade, como base da pena, projetou o sistema penal numa perspectiva ética no centro da qual está o homem. Na mesma linha de entendimento se posiciona Tiedemann (1999, p. 38), para quem tradicionalmente é muito difícil imputar a uma pessoa física ou a uma pessoa jurídica a culpa de outra pessoa, já que no concernente aos autores físicos é o princípio da culpabilidade, decorrente do Direito constitucional, o que proíbe, fora do mundo anglo-saxão, tal imputação, porque a culpa deve ser própria da pessoa a condenar.

A terceira proposta de Silvana Bacigalupo, que é descriminalizar todas as condutas ilícitas praticadas pelas pessoas jurídicas, também não merece acolhimento. Na verdade, na atual sociedade de risco, na qual se utiliza a empresa para a prática de crimes graves, a prevenção da criminalidade, em especial a organizada, deve estar na ordem do dia do Direito Penal.

A primeira opção de Zuñiga Rodríguez – aplicar os princípios estruturantes do Direito Penal tradicional à punição da pessoa jurídica – é igualmente de difícil

implementação. É que toda a teoria da ação foi construída a partir da individualização de um sujeito que realiza uma conduta com dolo ou culpa, principalmente quando a prática de ilícitos pelos entes coletivos se faz mediante culpa em sentido estrito e por omissão, sendo certo que desde a teoria finalista da ação até os dias atuais da imputação objetiva se tem muita dificuldade para o seu enquadramento, mesmo se relativa a pessoas físicas.

Agora, ganha corpo e se fortalece na doutrina e na jurisprudência a criação de um modelo paralelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Isso se dá porque a maior parte dos delitos ocorridos dentro de uma empresa resulta de uma série de condutas praticadas no seio dela própria, quando não se as pode individualizar. Aliás, das idéias a respeito desse novo Direito Penal, duas se têm destacado: a de Zuñiga Rodríguez e a de Klaus Tiedemann.

Zuñiga Rodríguez (2004, p. 296), sob a premissa de que o principal empecilho para se punir a pessoa jurídica é a consideração de que a elas não se pode imputar a prática de condutas dolosas ou culposas pois não agem com elemento subjetivo, cria um entendimento diferente a respeito do dolo e da culpa. A resposta estaria em dois argumentos: o primeiro na posição que se adota atualmente na União Européia acerca de sanções impostas às pessoas jurídicas pelo Direito da livre concorrência e a existência de posturas doutrinárias suficientes para se conceber a construção de uma nova idéia de dolo e culpa que as abranja. Assim, o dolo, ao ultrapassar o elemento volitivo, pode conceituar-se como a consciência do risco para os bens jurídicos, sendo a culpa a ausência dessa consciência¹⁷.

O segundo argumento se relaciona à culpabilidade. Zuñiga Rodríguez (2004, p. 297) parte da premissa de que a responsabilidade penal ou a imputação pessoal

¹⁷ Zuñiga Rodríguez (2004, p. 297) relata que o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia segue uma teoria para os delitos contra a livre concorrência e vem desenvolvendo esses conceitos, considerando a teoria cognitiva do dolo.

da culpabilidade não é mais entendida como a reprovação por não se haver atuado de outro modo, mas normativamente, de um ponto de vista social. Defende então que o conteúdo material da culpabilidade se associa às funções da pena, seja na prevenção geral, seja na especial, de modo que sendo as pessoas jurídicas as principais destinatárias da norma penal nos delitos sócio-econômicos, não se pode desconhecer sua capacidade de motivação, de forma que para uma empresa a boa fama, o bom nome e o prestígio são muito importantes para a competição no mercado, pelo que uma sanção pública, poderá ter claros efeitos preventivos.

Tiedemann (1999) constrói a proposta a partir da culpabilidade. Para ele, os críticos da possibilidade de se punir a pessoa jurídica consideram a premissa segundo a qual não seria ela capaz de uma reprovação moral. Mas tal não é verdadeira, porque nada impediria fossem destinatárias de normas legais de conteúdo ético e, como entidade e nessa situação, viole-as. Dessa maneira, o dever de se organizar corretamente não é somente das pessoas físicas, mas também das jurídicas, daí o conceito de culpa a elas extensivo.

Para Tiedemann (1999), na vida e na linguagem da sociedade a culpabilidade da empresa está amplamente reconhecida e não completamente isenta da ética e da moral. É claro que a culpabilidade da organização não é idêntica à soma de todas as culpas pessoais dos sócios e não se baseia na culpa de outrem, disso advindo a possibilidade, via legislativa, de se introduzir o conceito de culpabilidade coletiva ou grupal, ao lado da culpabilidade tradicional.

Segundo o autor quando se fala em fins preventivos da pena, há menos problemas a enfrentar que quando se refere à retribuição, tanto que, na maior parte da doutrina, verifica-se um consenso sobre o efeito preventivo dirigido contra os sócios da empresa, os quais serão intimidados pela condenação criminal. Nesse

sentido, a condenação penal da empresa deixa evidente que a norma jurídica violada se dirige a ela e que a violação perpetrada merece uma reprovação social, tendo a condenação também uma finalidade especial em relação à empresa, que esta ficaria intimidada a não reincidir.

Tiedemann (1999, p. 41) resume a proposta que formula afirmando que o conteúdo das categorias fundamentais de Direito Penal não se aplicam igualmente quando se quer compreender penalmente os agrupamentos delituosos, mas assevera que o paralelismo de conteúdo dessas categorias permite incluir a responsabilidade do agrupamento no sistema penal, ao lado da individual. Não há, assim, que se punir apenas as pessoas físicas ou somente as jurídicas, porém combinar as duas soluções pela imposição de sanções tanto ao autor físico quanto à pessoa moral, cujo modelo está expressamente previsto no novo Código Penal francês e é chamado, pelo Direito japonês, de punição paralela.

É evidente que esse processo da responsabilidade penal da pessoa jurídica é conseqüência do avanço da criminalidade organizada, empresarial, econômica e transnacional, que demonstra a cada dia o seu poder delituoso e de influência na vida de uma determinada comunidade, município, estado ou país. Aliás, essa criminalidade está intimamente vinculada à pessoa jurídica ou empresa, muitas agindo ou servindo de instrumento para a prática de delitos graves, que exigem punição, como, por exemplo, o tráfico de entorpecentes, os escândalos financeiros, os desastres ecológicos e a lavagem de dinheiro.

Há, porém, forte oposição na doutrina à ingerência penal nos atos praticados das pessoas jurídicas. Hassemer (1999, p. 65), representando a Escola de Frankfurt, apesar de não propor uma absoluta descriminalização das condutas das pessoas jurídicas, relegando-as a meros ilícitos administrativos ou civis, deseja que o Direito

Penal se dedique unicamente ao que chamou de “Direito Penal básico”. Deixa então ele para um novo Direito, tido como “intervenção”, a proteção aos bens jurídicos afetados pelas ações das empresas.

Para Hassemer (1999, p. 68), constituiria o Direito Penal básico todas as lesões aos bens jurídicos clássicos, como a vida, a integridade física, o patrimônio, a liberdade sexual, as falsidades, a administração pública, além dos incêndios, a condução de veículos sob o efeito de bebidas alcoólicas, os ataques ao tráfego aéreo. O Direito Penal básico também se preocuparia com os bens jurídicos universais como o trabalho, a economia, a produção, os transportes, o meio ambiente.

O Direito de “intervenção”, para Hassemer (1999, p. 73), estaria localizado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionatório, entre o Direito Civil e o Direito Público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferiores ao Direito Penal, mas também com sanções menos graves do que aquelas impostas aos indivíduos.

No Brasil, mesmo com a porta escancarada pela Constituição Federal para a possibilidade de punição das pessoas jurídicas por crimes ambientais, é mais que evidente ainda existir a necessidade de lei específica e autorização constitucional para a sua incriminação por outros crimes, em particular os contra a ordem tributária. Certo é, contudo, que somente as pessoas físicas que as administram podem ser penalmente responsabilizadas.

CAPÍTULO 2 - O DESENVOLVIMENTO DOGMÁTICO DO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO COMO ESPÉCIE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

O Direito Penal Econômico é uma das áreas de expansão do Direito Penal, indicando que suas normas estão a ocupar espaços antes reservados exclusivamente a outros ramos do ordenamento jurídico. Essa ocupação não implica a revogação da norma civil ou administrativa, pois que há uma superposição de normas, e o Direito Penal descreve como crime as mesmas condutas já descritas como infrações pelos outros ramos. Com efeito, o indivíduo que antes estava passível de punição apenas administrativa ou civilmente pela prática de uma conduta passa a ter contra si a possibilidade concomitante de aplicação de uma pena criminal privativa de liberdade.

Nessa expansão, há um uso excessivo dos delitos de perigo abstrato¹⁸, a implantação dos chamados crimes comissivos por omissão, a tentativa de punição exemplar com enorme exposição na imprensa dos chamados escândalos financeiros e tributários, em detrimento da observância dos princípios basilares do Direito Penal, estes baseados nos delitos de ação, dolosos, de lesão a bens jurídicos individuais e de legalidade estrita. O Direito Penal Econômico passa a ter por finalidade a proteção da norma administrativa ou civil e não a proteção a bens jurídicos, ou em outras palavras, o descumprimento da norma administrativa ou civil caracteriza a

¹⁸ Ramos (2004, p. 1106) diz que a abstração, com larga história na pintura e escultura, consiste em combinar formas, linhas e cores sem nenhuma relação com figuras identificáveis na vida real e concreta, como fonte de expressão do artista e de impressão, no espectador de emoções íntimas, sugestões, novas formas de beleza etc. No âmbito do Direito Penal seria um distanciamento da realidade a subsumir no tipo delitivo, substituindo-a por conceitos jurídicos e construções hipotéticas geradas na mente do legislador em primeiro lugar, quando da elaboração das leis, e do juiz em segundo lugar, quando da interpretação e aplicação ao caso concreto.

ocorrência do tipo criminal, e não a prática de uma conduta ofensiva a bens jurídicos¹⁹.

Definiu-se, inicialmente, o Direito Penal Econômico como o ramo do Direito Penal encarregado da proteção da ordem econômica dirigida ou sob a intervenção do Estado. Essa posição partiu de uma premissa estatizante, que reduziu o âmbito de proteção do Direito Penal Econômico ao espectro de atuação estatal, ou seja, às infrações tributárias e contra o sistema monetário e ao contrabando, desprezando toda a pujança da economia.

Isso se deu porque, após a segunda guerra mundial, com a precedente queda da Bolsa de Nova Iorque em 1929, surgiram novas relações entre o capital e o trabalho, a implementação dos meios de produção, empresas com sócios anônimos, o gigantismo do mercado financeiro, a globalização da economia e a conseqüente volatilização dos capitais, bem como o incremento da sociedade de consumo. Essa foi a base da intervenção do Estado na economia, por meio de normas jurídicas que objetivavam regulamentá-lo, enclausurando a economia num sistema hermeticamente fechado.

¹⁹ Veja-se a título de exemplo o tipo penal do parágrafo único do art. 1º, da Lei 8.137/90: A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Tal dispositivo apenas reafirma o contido nos artigos 194 e 195 do Código Tributário Nacional, a saber:

Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Parágrafo único. A legislação a que se refere este artigo aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Essas normas deram origem ao Direito Econômico e, paralelamente a ele o Direito Penal Econômico, este a forma mais grave de intervencionismo estatal na economia. Righi (1991, p. 12) até diz que o Direito Econômico foi qualificado de vergonhoso por contrariar as regras do liberalismo, de acordo com as quais o Estado não se imiscui na economia.

Essas novas regras de Direito Penal romperam com a noção clássica que possuía. É que, pela ideologia liberal, cunhada no Iluminismo, a noção de delito se reservava apenas a prevenir as ofensas aos interesses individuais e às formas institucionais de organização do Estado. A legislação penal econômica, ao contrário, cuidou de reprimir condutas lesivas aos interesses sociais e coletivos.

Segundo Righi (1991, p. 13), a versão jusnaturalista da teoria do bem jurídico tem como fundamento o fato de que uma conduta para ser delituosa precisa afetar direitos subjetivos ou outros bens de cultura permanentes, entre os quais não se inclui o dirigismo estatal da economia. Conseqüentemente, uma coisa é a pena criminal, que tem um sentido ético, e outra a sanção administrativa, que somente busca pôr ordem a uma crise. Diante da inevitabilidade da existência do Direito Penal Econômico, tal discussão perdeu força, sendo necessário reconhecer que alcançou, nos últimos anos, uma grande autonomia científica.

Aliás, a respeito da abrangência de suas normas, há duas correntes em debate na doutrina: uma que defende uma concepção ampla e outra, uma restritiva. Muñoz Conde (1995, p. 11-12) é adepto da ampla, porque, segundo ele, não se pode restringir o Direito Penal Econômico ao âmbito de proteção da ordem econômica dirigida ou sob intervenção estatal, pois, isso reduziria demasiadamente seus limites às infrações fiscais, monetárias, de contrabando e as que afetam a

determinação e formação dos preços, isolando os casos em que o Estado renuncia a intervir na economia.

É evidente que a ordem econômica é mais larga que aquela sob a tutela estatal, daí que a sua proteção, via de consequência, encampa as fraudes aos consumidores, as falências, as quebras dos mercados de capitais, etc. Tal amplitude, porém, traz a dificuldade da delimitação do bem jurídico protegido, o que é imprescindível para a segurança jurídica.

Tamanho espectro de atuação possibilita a criação de tipos penais que nada protegem. Cervini e Adriasola (2005, p. 60) dizem, assim como Tiedemann (1993, p. 31), que um critério racional começaria por distinguir bens jurídicos individuais dos bens jurídicos supra-individuais. Na verdade, esse critério da supra-individualidade não difere muito daquele que fala de bens jurídicos coletivos de caráter econômico, identificando com tais o crédito público, os interesses dos consumidores, dos trabalhadores etc. também é defensor da distinção entre bens jurídicos individuais e supra-individuais para delimitar o âmbito de ação do Direito Penal Econômico.

Segundo Cervini e Adriasola (2005, p. 70) a visão ampla: a) define o Direito Penal Econômico como o conjunto de normas jurídico-penais destinadas a proteger a ordem econômica, entendida como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo dos bens e serviços; b) é uma concepção extensiva que coloca como objeto de proteção, em primeiro lugar, interesses patrimoniais cujo titular podia ser o Estado ou os particulares; 3) atende, subsidiariamente, à tutela de bens coletivos relacionados à regulação econômica do mercado.

Dentro da concepção ampla, quando trata da criminalidade da empresa²⁰, Terradillos Basoco (1995, p. 31) divide as categorias de delitos em societário e

²⁰ Para Terradillos Basoco (1995, p. 10) o Direito Penal da Empresa é ramo do Direito Penal Econômico, cujo nascimento data de meados do século XX.

falimentar, quando dependesse da situação da empresa, e crimes contra sujeitos econômicos (ofensas contra a propriedade industrial/intelectual, concorrência desleal, consumidor, relações de trabalho, livre concorrência e o ambiente) ou crimes cometidos contra Instituições (crimes financeiros, tributários e, eventualmente, contra a administração pública), quando dependesse da natureza das suas atividades econômicas.

A concepção restrita entende o Direito Penal Econômico com a função de proteção da ordem econômica dirigida ou sob a intervenção do Estado. Bacigalupo S. (1998, p. 23) diz que o delito econômico é o comportamento descrito na lei e que lesiona a confiança na ordem econômica vigente, com caráter geral ou em alguma de suas instituições em particular, pondo em perigo a própria existência e as formas de atividade dessa ordem.

Tal concepção reduz os limites do Direito Penal Econômico às infrações fiscais, monetárias e de contrabando e as que afetam a determinação e formação de preços. Cervini e Adriasola (2005, p. 57) dizem que ela tem como consequência transformar o Direito Penal Econômico num Direito Penal de emergência, utilizado para reforçar políticas estatais, cuja origem estaria nos Estados totalitários.

Atualmente, com o declínio do intervencionismo estatal e o predomínio de uma economia de mercado, a melhor concepção, para dar vazão às necessidades de uma sociedade de risco, é a ampla controlada²¹. Nessa perspectiva, pode-se considerar como delitos incluídos na área de proteção do Direito Penal Econômico, os tributários, os contra o sistema financeiro, as falências e concordatas fraudulentas e os de concorrência desleal.

²¹ O termo 'ampla controlada' diz da não abrangência de condutas que, aparentemente, estariam dentro da ordem econômica, nada teriam com o Direito Penal Econômico, v.g. os crimes contra o patrimônio - furto, roubo, estelionato e apropriação indébita.

Há quem defenda a inclusão dos crimes ambientais entre os integrantes do Direito Penal Econômico²². Tal posição é pertinente se for considerado como seu critério de identificação a característica de proteção dos bens jurídicos coletivos ou supra-individuais, mas não se poderá incluí-lo se o Direito Penal Econômico for considerado como aquele que protege a regulação econômica do mercado.

Derani (1997, p. 68) postula que os delitos ambientais se inserem no Direito Penal Econômico, porque indissociáveis os fundamentos econômicos e uma política ambiental conseqüente e exeqüível. É que a política econômica trabalha necessariamente com a coordenação da atividade de mercado, a concorrência e a prestação de serviços estatais, envolvendo questões de caráter ambiental, como: o reaproveitamento de lixo, as exigências de equipamento industrial para uma produção limpa, o aproveitamento de recursos naturais, o quanto de reserva natural desejável e qual o seu regime social.

Mesmo diante dessas concepções, ampla ou restrita, não se pode desconsiderar a necessidade de um Direito Penal Econômico para proteger os bens jurídicos ameaçados pela ação da criminalidade de empresa ou agrupamento econômico. Fenômeno social em expansão na sociedade globalizada e pós-industrial a exigir do Estado uma resposta imediata na retribuição e na prevenção geral dos crimes cometidos.

2.1 A AVIDEZ ARRECADATÓRIA DO ESTADO E A EVASÃO FISCAL

O Estado institui tributos sob o fundamento da necessidade de captar recursos para manter a própria estrutura e disponibilizar ao conjunto da sociedade

²² CERVINI; ADRIASOLA (2005, p. 72).

os serviços considerados essenciais, entre eles a saúde, a educação e a segurança. Essa demanda cresceu, pois desde o surgimento do chamado Estado Social²³, a assistência social entrou na ordem do dia dos governos, aumentando descontroladamente os gastos públicos, e levando a sucessivos déficits orçamentários, que desencadearam a procura por novas fontes de receitas e otimização das existentes.

No Brasil, como na maioria dos países, o Estado assumiu a maior parte dos ônus sociais, como educação, saúde, segurança, previdência e assistência. Ao trazer para si tal atribuição, passou ele a sofrer toda a espécie de pressão para o atendimento das reivindicações sociais e políticas, o que fez surgir e persistir o déficit e, considerando a enorme demanda reprimida por serviços e investimentos públicos, o desequilíbrio potencial é bem maior que o efetivamente registrado, o que obriga o Estado a criar outras formas e técnicas de arrecadação, ou pela elevação da carga tributária sobre aqueles que já contribuem ou pela inclusão daqueles à margem da formalidade.

Dentre as demandas geradoras do déficit, encontra-se a aposentadoria administrada pelo poder público, cujo objetivo é garantir àqueles menos favorecidos um rendimento quando não estiverem mais em condições de trabalhar. No Brasil, esse quadro se agravou com a aposentadoria para o trabalhador rural, instituída sem uma fonte de custeio, devida a ele desde que comprove a idade de 60 anos, se homem, ou, 55, se mulher, com cinco anos de atividade rural, para ter direito a uma aposentadoria, inclusive com pensão por morte do segurado, ainda que não tenha contribuído com um centavo sequer para os cofres da previdência social. É forçoso,

²³ Segundo Berti (2005, p. 9) pode-se afirmar que na época atual assiste-se a uma crise com origem justamente no chamado “Estado Social”, com raízes na República de Weimar, na Alemanha do período de entre guerras.

porém, reconhecer que tal benefício, ao retirar da pobreza absoluta milhões de brasileiros, tem um reflexo social extremamente positivo.

Outra circunstância que não se pode deixar de considerar é a corrupção desenfreada. Cerca de dezessete bilhões de reais são desviados por ano das administrações públicas para paraísos fiscais, dos quais dois bilhões de reais retornam "lavados" (RECUPERAR ..., 2007, p.1), quantia que já supera os valores movimentados pelos tráficos de armas e drogas. Somado ao dinheiro desviado das administrações públicas, por volta de seis bilhões de reais devem ser "lavados" por ano no país, o que deixa o Brasil numa péssima colocação no ranking internacional da corrupção. Em uma escala de zero a dez, quanto mais baixo o numeral, maior a corrupção, idealizada pela ONG Transparency International, o Brasil tem 3,9 pontos.

Dessa forma, a carga tributária no Brasil necessita de ser elevada para dar vazão a tamanha despesa. Segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (CARGA ..., 2007, p. 1), a carga de tributos no Brasil, somando-se as três esferas de governo, atingiu 38,80% do Produto Interno Bruto em 2006, um aumento de 0,98 ponto percentual em relação a 2005 (37,82%).

De acordo com Santos Júnior (2007, p. 1), somente 1% das três milhões de empresas existentes correspondiam a 85% do imposto de renda arrecadado das pessoas jurídicas, enquanto que, no das pessoas físicas apenas 7% das economicamente ativas contribuía. É certo também que a carga tributária vem aumentando ao longo dos anos, em 1989, representava 20% do PIB, em 1998, 29,74%, 2000, 33,18%, em 2001, 35,5%, em 2002, 36,4%, 37,82% em 2005, 38,80% em 2006 e 39,92% em 2007.

Diante de carga tributária tão desmedida, Martins (2000, p. 6) defende que o tributo é uma norma de rejeição social, porque, se não houvesse a sanção,

provavelmente não seria pago. A ameaça de punição é que traz a certeza de que o tributo será recolhido, pois a carga desmedida tem como consequência o desejo de descumpri-la, daí que a sua principal característica é a compulsoriedade.

Essa obrigatoriedade se assenta e está ratificada pelo Código Tributário Nacional que, no art. 3º definiu tributo como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Em que pese a crítica considerar essa técnica legislativa imprópria porque retira da doutrina a tarefa de definir os institutos jurídicos, no Brasil, como se vê, isso está estabelecido na lei.

Mas, a definição de tributo não é pacífica na doutrina. Monte (2006, p. 10) relata que ora ele se identifica como uma prestação patrimonial imposta, ora com a aquisição dos meios financeiros a favor do Estado ou de outro ente público, ora com a receita auferida em razão do poder de imposição do qual é dotado, exteriorizando, neste caso, o *jus imperii*.

Corrobora-se, então, que a característica fundamental do tributo é a compulsoriedade, já que a vontade do contribuinte não possui nenhuma relevância à produção da obrigação jurídica tributária. Essa é, aliás, a característica que distingue os ingressos de Direito público, como os tributos²⁴, dos de Direito privado, cuja fonte é o negócio jurídico, realizado por disposição de vontade bilateral²⁵.

²⁴ Rosa Jr. (2001, p. 195) diz que a receita pública pode ser originária ou derivada. Ela é originária quando decorre do próprio patrimônio estatal e é obtida mediante a exploração de seus bens e derivada quando é auferida diretamente do patrimônio do particular, sendo receita de Direito público porque o Estado age investido de sua soberania no desempenho da atividade necessária à sua percepção. Os tributos estão na categoria de receita pública derivada porque decorrem do patrimônio do particular e são arrecadas em razão da soberania estatal.

²⁵ Monte (2006, p. 12) afirma que a obrigatoriedade, além de um requisito essencial do tributo, também caracteriza a disciplina da relação tributária. Deve-se entendê-la não só no sentido de impor o pagamento genérico de uma soma de dinheiro ao Estado, mas no de regular mais ou menos detalhadamente cada aspecto dessa relação, fixando o montante, o tempo e os modos, e as consequências do descumprimento. Sob esse ponto de vista, a obrigatoriedade funciona como

Além da obrigatoriedade, relata Monte (2006, p. 13), o tributo possui ainda as características da patrimonialidade, sujeição, generalidade e territorialidade. A patrimonialidade termina por limitar a riqueza das pessoas, que se vêem despojadas de uma parte dos próprios recursos, devido à sujeição do indivíduo à prestação estatal, para a qual não pode aduzir oposição alguma quando se verificarem os pressupostos fáticos previstos em lei. Outra característica é a generalidade da obrigação contributiva. A prestação patrimonial abrange a todos os que estão submetidos à soberania do Estado, sem distinção de sexo, raça, classe social, categoria profissional idade ou nacionalidade. Neste sentido, o Direito à imposição opera objetiva e não subjetivamente, e é aplicável prevalecendo-se da soberania, fundando-se no critério da territorialidade.

Gutierrez (2006, p. 61) esclarece que pela própria definição ninguém paga tributo por prazer, mas porque a isso é compelido, é obrigado, sob pena de sofrer as sanções previstas em lei. Quando o contribuinte não recolhe o tributo devido, ocorre o fenômeno da evasão fiscal, consistente na fuga ou na subtração do contribuinte ao pagamento que lhe é atribuído, por meios que evitem a incidência tributária a seu cargo.

A primeira das razões para o contribuinte deixar de recolher o tributo é o emaranhado da legislação tributária, que leva à evasão por ignorância. Segundo Santos Júnior (2007, p.1) essa legislação possui mais de 55.767 artigos, 33.374 parágrafos, 23.497 incisos e 9.956 alíneas.

Conforme Gutierrez (2006, p. 62), outro motivo que leva à evasão é a situação de verdadeira insolvência fiscal a que são levadas algumas empresas, pelas mais diversas razões, relatando o caso da edição do Plano Real, que levou

pressuposto da ação legislativa no momento da criação das distintas figuras jurídicas incriminadoras contra a evasão fiscal.

algumas empresas a uma acentuada redução da margem de lucro e a um aumento significativo de dívidas. Há, ainda, aquela praticada mediante fraude, – falsificando documentos, omitindo receitas, adulterando notas fiscais, entre outras condutas dolosas.

É preciso, assim, diferenciar as situações de ignorância da lei e de insolvência, daquela outra na qual o contribuinte, apesar de praticar fatos geradores da obrigação tributária, deixa de cumprir o dever jurídico de recolher tributos, fraudando o erário com práticas ilícitas e dolosas. Esse tipo de evasão, mediante fraude, é repudiada pela sociedade que vê nos sonegadores pessoas inescrupulosas e desonestas, daí ser plenamente justificada a existência de uma legislação que as coíba por meio de condutas já previstas como crimes pelo Código Penal, como é o caso das falsidades.

2.2 O BEM JURÍDICO TUTELADO PELO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

A necessidade de se construir uma teoria do bem jurídico protegido pelo Direito Penal surgiu no século XIX como uma antítese à concepção moralista desse Direito, segundo a qual a infração contra uma norma era bastante para caracterizar uma conduta como crime. Com a idéia da proteção aos bens jurídicos, somente a conduta que lesiona interesses materiais de outras pessoas é considerada como criminosa.

O bem jurídico não deixa de ser um valor, porquanto inerente ao ser humano e protegido pelo Direito. Na lição de Vilanova (2000, p. 136), a relevância jurídica é qualificação genérica do que ocorrendo no mundo, por sua valiosidade ou desvaliosidade, tem relação com sujeito de Direito. Essa relação, jurídica no

sentido amplo do termo, a esse nível não é elevada sem norma incidente sobre a relação fática.

Welzel (1997, p. 139) declara que o Direito Penal quer proteger antes de tudo determinados bens vitais da comunidade, os chamados bens jurídicos, daí serem impostas conseqüências jurídicas à sua lesão. Essa proteção se cumpre quando se proíbem e se castigam as ações que os lesam²⁶, estando, pois, relacionada ao princípio da lesividade²⁷.

Por esse princípio se proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e medidas de segurança em hipóteses de lesões irrelevantes. Vê-se, assim, que a teoria do bem jurídico tem nítida inspiração liberal e se propõe a limitar a intervenção do legislador penal, restringindo o número dos fatos merecedores de pena aos socialmente nocivos e ofensivos a entidades reais do mundo exterior.

Para Baldan (2005, p. 56), no atual estágio de desenvolvimento da teoria do delito somente se admitem os elementos que fundamentam o conteúdo material do injusto, tendo o tipo a finalidade primeira de identificar o bem jurídico protegido pelo legislador. Parte-se do princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos ou princípio da ofensividade ou lesividade, segundo o qual deverão ser excluídos de sanção

²⁶ Baldan (2005, p. 52) diz que poucos conceitos são tão caros à política criminal e à dogmática como o bem jurídico. Ocorre que, num Estado Democrático de Direito, a noção de bem jurídico desempenha papel preponderante: decididamente define a função do Direito penal e, por conseguinte, esclarece os limites do Direito de punir do Estado ao mesmo tempo em que legitima o mesmo Direito penal.

²⁷ Santos (2006, p. 25) diz que o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico. Do ponto de vista qualitativo, o princípio da lesividade impede a criminalização primária ou secundária do que poderia reduzir ou limitar as liberdades constitucionais de pensamento, de consciência, de crença, de convicções filosóficas e políticas ou de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

Do ponto de vista quantitativo, o princípio da lesividade exclui a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes de bens jurídicos. Diz o autor que nessa medida, o princípio da lesividade é a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito penal.

penal as condutas que, mesmo reunindo todas as características exigidas pela lei, não lesionem ou ponham em perigo o bem jurídico protegido pela norma.

Há muita dúvida a respeito do conceito de bem jurídico. Roxin (1997, p. 54) diz que apesar da evolução alcançada na discussão do conceito material de delito, não se conseguiu até o momento precisar o de bem jurídico de modo a tornar possível uma delimitação juridicamente fundada e satisfatória de seu conteúdo. Isso ocorre, primeiro porque não seria razoável restringi-lo aos bens individuais, uma vez que há proteção penal de muitos bens jurídicos da comunidade, como o Estado, a moeda, a administração pública, e a da justiça, cujas lesões também merecem indiscutivelmente uma pena desde a perspectiva de um conceito material de delito. Em segundo lugar, também não se pode considerar as concepções morais dominantes como um bem jurídico coletivo.

Para Roxin (1997, p. 55), o ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada para o legislador se encontra nos princípios da Constituição, daí que um conceito de bem jurídico vinculante político e criminalmente somente pode surgir dos deveres, gerados na lei fundamental, do Estado de Direito, baseado na liberdade do indivíduo, por meio dos quais se marcam os limites do poder estatal de punir. Em conseqüência se pode dizer que os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento, no marco de um sistema social global estruturado sobre essa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema.

Monte (2006, p. 194) diz que uma solução da conceituação de bem jurídico em condições de designar um núcleo substancial comum a todos os objetos de tutela se revela uma tarefa por certo nada fácil e, em muitos sentidos, destinada à esterilidade, no plano dos resultados. As dificuldades decorrem do fato de que tal

solução pressupõe que os bens sejam de natureza homogênea ou de alguma maneira identificáveis sobre uma base de critérios, enquanto que a evolução das relações sociais pode trazer exigências novas e diversas.

Assim como Roxin, Monte (2006, p. 195) defende que a Constituição deve ser a baliza mestra, um limite insuperável na seleção dos objetos e no uso dos instrumentos de tutela. Para ele, o problema não é a centralização num catálogo de entidades bem precisas sobre as quais deva recair a proteção jurídica, mas a identificação de claros cânones hermenêuticos que permitam uma reconstrução do que é merecedor de tutela. Trata-se, em síntese, de achar uma base normativa da qual derive uma espécie de referência capaz tanto de sinalizar a objetividade jurídica a proteger quanto limitar a obra de punição do legislador ordinário.

A partir da idéia de que o tributo é uma expressão do poder estatal, o bem jurídico tutelado será o patrimônio dos sujeitos ativos²⁸ da obrigação tributária²⁹, pois da ocorrência do fato gerador³⁰ da obrigação tributária principal surge para o poder público o direito de receber determinada quantia de moeda, ou valor que nela se possa exprimir. O bem jurídico tutelado é supra-individual, característica do Direito Penal Econômico, pois se trata do patrimônio das entidades públicas beneficiárias

²⁸ Os sujeitos ativos da obrigação tributária são os credores da relação jurídica tributária, a União, os Estados e os Municípios, os quais possuem o direito subjetivo de exigir do contribuinte, denominado sujeito passivo, uma prestação em dinheiro. Nem sempre o sujeito ativo é o mesmo que detém a competência tributária. É o que acontece na parafiscalidade quando uma autarquia vem a ocupar o pólo ativo de uma contribuição social.

Conforme Lopes (2002, p. 61) não se deve confundir com o sujeito ativo do crime contra a ordem tributária previsto nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, que é aquele que detém o poder de ordenar ou realizar o pagamento de tributos no caso do artigo primeiro e quem deve cumprir as obrigações acessórias por expressa disposição normativa, no caso do artigo segundo.

²⁹ O Código Tributário Nacional definiu no art. 113 a obrigação tributária como sendo principal e acessória. Pelo § 1º a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem como objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. Pelo § 2º a obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas, no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

³⁰ Baleeiro (1993, p. 454) ao falar sobre o fato gerador da obrigação tributária diz que a lei define as situações ou hipóteses que sujeitam alguém à obrigação de pagar tributo. Em regra a lei estabelece fatos concretos relacionados à capacidade econômica da pessoa, como patrimônio, renda, emprego etc.

do recolhimento dos tributos, cujos valores, em tese, reverteriam em proveito do conjunto da sociedade, em especial, no que se refere à saúde, educação e segurança.

Sanctis (2005, p. 34) defende que o bem jurídico tutelado não seria diretamente o patrimônio dos sujeitos ativos da obrigação tributária, mas os valores a receber e sua regularidade e a capacidade da máquina para fomentar políticas públicas. É que, para ele, o Estado intervém na economia não para concorrer, mas para assegurar uma redistribuição de riqueza por meio de uma política fiscal que possa obter recursos para o atendimento das necessidades sociais.

Tal posição tem um nível de abstração muito grande, porque o Estado não possui como fonte de recursos apenas os tributos, em consequência a capacidade da máquina para fomentar políticas públicas não está adstrita à arrecadação tributária. A melhor opção seria a proteção do bem jurídico desde o fato gerador, porque circunscreve a incidência do Direito Penal à área específica do Direito Tributário.

Por outro lado, não se pode confundir razão de tutela com bem jurídico tutelado. Ao se afirmar que o interesse público é garantido na observância da obrigação dos cidadãos de concorrer com os gastos públicos se faz referência a uma finalidade. Ou seja, o interesse público na cobrança dos tributos se deve entender como razão de tutela penal e não como bem jurídico protegido³¹.

³¹ De acordo com Monte (2006, p. 201) quando se identifica o interesse público com o objeto da tutela, se deve reconduzir a ele um variado número de outros setores, com o risco de homologar figuras jurídicas muito diferentes entre si, com o notável resultado de uma contextual perda de eficiência na tutela e garantias individuais. Se o interesse público na cobrança de tributos está em condições de criar o recurso a uma sanção limitativa da liberdade enquanto bem jurídico autônomo, então se deve admitir um interesse público – no sentido de uma objetividade jurídica propriamente dita – no dever de fidelidade e obediência para o Estado, ou um interesse público no prestígio das instituições, ou também um interesse público na manutenção da ordem pública ideal.

A melhor solução parece aquela que estabelece o patrimônio do Estado como bem jurídico tutelado pela legislação penal tributária. Com efeito, a arrecadação de tributos pelos cofres estatais se confunde com os recursos destinados à provisão dos serviços públicos em sua totalidade, incluindo a manutenção e conservação do patrimônio afetado a essa prestação. Sob essa premissa – de que o bem jurídico tutelado é o patrimônio do Estado – fica claro que a ofensa à legislação tributária penal somente se perfaz se ocorrer dano, em outras palavras, se houver uma limitação ao patrimônio público ou à sua funcionalidade.

Derzi (1994, p. 220) defende que a compreensão do injusto penal depende da compreensão do injusto tributário. Para ela, a lei penal, que descreve delitos de fundo tributário, como a sonegação fiscal, não pode ser aplicada sem apoio no Direito Tributário, porque as espécies penais nela estabelecidas são complementadas pelas normas tributárias.

Lembra, acertadamente, a autora que os crimes de fundo fiscal dependem da violação dolosa ou fraudulenta dos deveres materiais e formais, minuciosamente descritos nas leis tributárias e não nas leis penais. Dessa forma, os delitos contra a ordem tributária supõem não só a realização das condutas típicas, descritas na lei penal, mas também e principalmente, a transgressão dos deveres tributários. Se o Direito Tributário autoriza o comportamento, exclui-se a antijuridicidade e não se configura o crime.

Argumentando a existência da tipicidade legal ao lado da tipicidade penal, Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 456) esclarecem que, para uma conduta se caracterizar como penalmente típica necessariamente deve ser também antinormativa. Essa antinormatividade seria a exigência de que para a

caracterização do tipo penal se faz imperativo que outra norma pertencente a outro ramo do Direito não permita essa conduta.

Para o autor, isto indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas exige outro passo – a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, mas conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante seria, assim, um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico as condutas aparentemente proibidas.

2.3 A LEGISLAÇÃO REPRESSIVA AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O ADVENTO DA LEI 8.137, DE 27/12/1990

Antes de entrar em vigor a Lei 4.729/65, primeiro diploma legal específico destinado aos chamados crimes tributários, os ilícitos praticados para lesar o fisco, mediante as condutas de falsificação de documentos, omissão de informação, declaração falsa e uso desses documentos, eram punidos de acordo com o disposto no Código Penal, pelos artigos 298, 299 e 304 do CP³². O único dispositivo relativo a tributos existente no Código Penal era o do art. 334, que trata das figuras do contrabando ou descaminho³³.

Não se pode esquecer que por mais de 300 anos, de 1500 a 1830, data da promulgação do Código Criminal do Império, as Ordenações do Reino de Portugal

³² Art. 298. Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro.

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser prescrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302.

³³ Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida, ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

vigoraram no Brasil. Essas Ordenações previam penas gravíssimas, até de morte, àqueles que não pagavam o dízimo à Coroa portuguesa. Inicialmente as Ordenações Afonsinas³⁴ disciplinaram a matéria, e posteriormente, durante mais tempo, as filipinas³⁵.

O Código Criminal do Império de 1830 assim como os Códigos Penais de 1890 e de 1940 não continham capítulo específico sobre crimes de sonegação fiscal ou contra a ordem econômica, a conduta que implicasse em redução ou supressão de tributos, em regra, era punida pelos tipos penais existentes. Em todos os três códigos somente existe referência aos crimes de contrabando e descaminho, hoje

³⁴ Veja-se trecho das ordenações afonsinas, no Título XXXVII, do Livro V: Dos que levam pera fora do Regno ouro, ou Prata, Dinheiros, Bestas, ou outras cousas que são defesas...Tenho por bem, e mando, e deffendo, que daqui en diante nom feja nehuu tam oufado, de qualquer eftado e condiçom que feja, que tire, nem mande tirar, nem dê ajuda, nem confentimento para fe tirar de meu Senhorio, fem meu mandado, e fem minha Carta, ouro, nem prata em pafta, nem em moeda, nem dinheiros da minha moeda, nem cavallos, nem rocins, nem eguaas, nem armas.

E de mais mando a effas Juftiças, que qualquer peffoa, que acharem levar pera fora do dito meu Senhorio alguã das fobreditas coufas fem meu mandado, que os prendam logo, e os tenham bem prefos, e bem recadados per meu mandado; e me enviem dizer logo per fuas Cartas, que peffoas fom effas, que por effa razom prenderom, e a razom por que, pera lhes eu mandar dar pena, qual minha mercee for, e no feito couber, como áquelles, que paffam mandado de feu Rey, e Senhor. E pera fe comprirem, e guardarem eftas coufas e cada huã dellas, de cumprir aos guardadores ajuda das minhas Juftiças, mando-lhes que lha façam dar, fob pena dos corpos e averes.

³⁵ Da mesma forma vejamos as ordenações filipinas, no Título CXIII, do Livro V: Pessoa alguma, de qualquer stado que seja, assi natural, como estrangeiro, não tire per mar, nem per terra, nem leve, nem mande levar, nem tirar para fôra de nossos Reinos e Senhorios prata, ouro amoedado, nem por amoedar, nem de favor, nem ajuda para se levar. E quem o contrario fizer, sendo nisso achado, ou sendo-lhe provado morra morte natural, e por esse mesmo feito perca todos seus bens e fazenda, ametade para quem o achar, ou descobrir, e a outra para nossa Camera. Nas quaes penas incorreção, outrosi os que consentirem, ou derem favor e ajuda, ou enconbrirem, que outros levem, ou enviem as ditas cousas, e sabendo-o, o não manifestarem ás Justiças, tanto que disso forem sabedores (livro V, Título CXIII).

O Título CXV do Livro também se referia à sonegação de tributos, dessa forma:

Da passagem dos gados.

Mandamos, que pessoa alguma, de qualquer stado e condição que seja, não tire per si, nem per outrem destes Reinos para fôra delles nenhum gado, de qualquer sorte e qualidade que seja. E quem o contrario fizer, e com elle for achado, ou lhe for provado que o passou, ou mandou passar, ou vender, incorra em perdimento de todos seus bens e fazenda, ametade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar, e será degradado para sempre para o Brasil. E nestas mesmas penas incorrerão os Juizes, Alcaldes, e quaesquer outros Officiaes, que a isso derem ajuda, favor e consentimento, ou sabendo disso, não defenderem, nem contradisserem a tirada, ou levada dos ditos gados.

1 Porém sendo os taes culpados Senhores de terras, Alcaldes Mores de Fortalezas, ou Fidalgos, havemos por bem, que paguem somente anoveado o que assi passarem, ou mandarem passar, e sejam degradados dous annos para África. Os quaes sendo comprehendidos nos taes casos, serão pelas Justiças emprazados a que appareçam perante o Juiz dos nossos feitos, para se livrarem.

previstos no art. 334 do Código Penal, como capaz de causar evasão ilícita de tributos.

Durante a vigência do Código Penal de 1940, aplicado como norma geral nos crimes contra a ordem tributária ante a ausência de norma específica que somente veio com a Lei 4.729/65, o contribuinte que suprimisse ou reduzisse tributo inserindo documento falso na contabilidade da empresa, majorando o montante das despesas dedutíveis, como diz Andrade Filho (2001, p. 50), poderia, dependendo das circunstâncias de cada caso, ser enquadrado em pelo menos três tipos penais, previstos nos arts. 298, 299 e 304.

Com o objetivo de criar mecanismos próprios de repressão penal às condutas tendentes a evitar o pagamento de tributos, o então governo João Goulart enviou ao Congresso Nacional em 1963 o Projeto de Lei, número 206-A. Mesmo aprovado pela Câmara dos Deputados, não seguiu adiante no Senado, em virtude dos acontecimentos políticos de 1964, com a queda do governo eleito e a assunção dos militares ao poder civil.

Em 1965, o Presidente da República, marechal Castelo Branco, encampou o projeto anterior e enviou nova mensagem, que tramitou sob o número 2.748-B/65 na Câmara e depois de aprovado enviado ao Senado sob o número 100/65. Tal projeto de lei, com as alterações que lhe deu o Congresso Nacional, se transformou na Lei 4.729/65, conhecida como Lei da Sonegação Fiscal.

A Lei 4.729/65 sistematizou as condutas tidas como crimes contra a ordem tributária. Analisando o seu art. 1º vê-se que os incisos I e II tratam de modalidades de falsidade ideológica, assemelhado ao art. 299 do CP. O inciso III assemelhava-se ao art. 297 do CP, o qual descreve o crime de falsidade material de documento público. O inciso IV descrevia condutas de falsidade ideológica e de falsidade

material. Por último, o inciso IV cogitava de condutas assemelhadas à concussão, prevista no art. 316 do CP e à corrupção passiva prevista no art. 317 do CP. As penas de detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo, estabelecidas na lei especial, eram menores que as estabelecidas na legislação ordinária.

Segundo Pimentel (1973, p. 73), o que distinguia as condutas descritas na Lei 4.729/65 das estabelecidas no Código Penal era o elemento subjetivo especial do tipo ou do injusto, consistente na vontade de fraudar o fisco. Esse elemento volitivo estava assim indicado: I – com a intenção de eximir-se; II – com a intenção de exonerar-se; III – com o propósito de; IV – com o objetivo de; e V – para si ou para o contribuinte beneficiário da paga³⁶.

Em março de 1990, o presidente Fernando Collor enviou ao Congresso Nacional a Mensagem nº. 340 (BRASIL, 1990a, p. 3200-3201), acompanhada da Exposição de Motivos dos ministros da Fazenda e da Justiça. No texto assinado pelos ministros chama a atenção o fim declarado do projeto de lei que é o desestimular a prática das condutas, ou seja, a finalidade da pena em abstrato é puramente de prevenção geral, em outras palavras obrigar o recolhimento e pagamento de tributos previstos na norma tributária.

Após tramitação regular, entra em vigor a Lei 8.137/90 no ordenamento jurídico brasileiro, que além de estabelecer as condutas criminais relativas aos crimes contra a ordem tributária, também o fez em relação à ordem econômica e as relações de consumo. Depois de promulgada três questões relativas à sua aplicação

³⁶ Podem figurar nos tipos penais, ao lado do dolo, conforme dizem Bitencourt e Muñoz Conde (2000, p. 157), uma série de características subjetivas que os integram ou os fundamentam. A doutrina clássica denominava, impropriamente, o elemento subjetivo geral do tipo de dolo genérico e o especial fim ou motivo de agir de dolo específico. O especial fim de agir que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo, assim, elemento subjetivo do tipo de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo.

afloraram: 1) a revogação ou não da Lei 4.729/65; 2) o conflito no tempo entre as duas leis; 3) o aparente conflito de normas entre os diplomas acima citados, a Lei 9.983/00 e o Código Penal.

O primeiro problema – se a Lei 8.137/90 revogou ou não a Lei 4.729/65 – deve-se ao fato de que não houve revogação expressa da lei antiga pela nova, obrigando-se ao exame se a disposição da lei nova disciplinou completamente o conteúdo da anterior. Ora, a Lei 8.137/90 protege a ordem tributária como valor essencial à Administração Pública e define nos seus dois primeiros artigos os tipos penais praticados por particulares³⁷, disciplinando totalmente a matéria dos crimes contra a ordem tributária, definindo tipos, penas, multas, responsabilidades dos agentes e representação criminal. A nova lei disciplinou o contido na Lei 4.729/65, ensejando a aplicação do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, na parte em

³⁷ Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação;

Pena – reclusão, de 2 a 5 anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inc. V.

Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza:

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à fazenda Pública.

Pena – detenção, de 6 meses a 2 anos, e multa.

que diz que a lei posterior revoga a anterior, quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Revogada a Lei 4.729/65 poder-se-ia argumentar que se trataria de *abolitio criminis*, porém, não é o caso porque a lei nova não deixou de considerar crimes as condutas outrora previstas, ao contrário, manteve a figura típica anterior no seu aspecto substancial, não fazendo desaparecer o delito em questão.

É ainda importante se discutir, o possível conflito aparente de normas entre a Lei 8.137/90, a Lei 4.729/65, a Lei 9.983/00 e o Código Penal. A Lei 8.137/90 trata dos crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo. A Lei 4.729/65 estabelecia os chamados crimes de sonegação fiscal e a Lei 9.983/00 tipifica os crimes previdenciários.

A regra geral é a de que se aplica a lei do tempo do fato. Assim, se um fato ocorreu na vigência da Lei 4.729/65, com base nela deve ser o agente processado e julgado, posto que a Lei 8.137/90 é mais severa, não retroagindo. Aqui há de se aplicar a regra do art. 5º, XL, da Constituição Federal segundo a qual a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Nesse aspecto, registre-se a intenção revogatória do presidente da República e de seus ministros ao fazer constar na Exposição de Motivos (BRASIL, 1990a, p. 3200) que uma das justificativas para a nova lei era a deficiência da legislação antiga que, segundo os subscritores da exposição, não conceituava adequadamente os delitos e deixava a desejar nas penalidades imponíveis aos seus autores. Sob essa ótica, além de descrever as condutas, a nova lei transformou a pena de detenção de seis meses a dois anos em reclusão de dois a cinco anos, para as condutas descritas no art. 1º da lei nova.

Lovatto (2003, p. 17) defende que nesse caso ocorre a ultra-atividade da lei mais benéfica. Dessa forma, um fato praticado na vigência da Lei 4729/65 sob ela deve ser processado o autor do delito, em razão da maior severidade da Lei 8.137/90, aplicando-se a lei do tempo do fato. No âmbito tributário, o ato é o fato gerador do tributo e, em conseqüência, o tempo do ato é o momento em que se consumou o delito ou em que se realiza os atos de execução.

Quanto à Lei 9.983/00, que estabelece as condutas de apropriação indébita das contribuições previdenciárias, deve ser aplicada segundo o princípio da especialidade, uma vez que especial em relação à Lei 8.137/90. É que o item II do art. 2º da Lei 8.137/90 estabelecia como crime a conduta de deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos, cuja pena estava fixada em detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa³⁸.

Assim também se dá quanto aos tipos penais de concussão, corrupção passiva, extravio de livros (relacionados com a tributação) e advocacia administrativa perante a Fazenda Pública previstos no art. 3º da Lei 8.137/90 e aqueles outros de igual teor previstos no Código Penal. No caso aplica-se o princípio da especialidade, apesar de a Lei 8.137/90 ser mais severa, contudo, sem retroagir para alcançar os fatos ocorridos antes de sua vigência.

Leve-se em conta que os crimes previstos no art. 1º e todas as suas modalidades são tipos penais de resultado³⁹. Para tanto, basta ler o *caput* do

³⁸ A Lei 9.983/2000 criou a figura típica da apropriação indébita previdenciária, com o acréscimo do art. 168-A ao Código Penal, passando este dispositivo a vigorar em relação ao não recolhimento das contribuições previdenciárias, permanecendo incólume o dispositivo da Lei 8.137/90 em relação ao não recolhimento das demais contribuições e tributos.

³⁹ O crime material ou de resultado, conforme Bitencourt e Muñoz Conde (2000, p. 27), descreve a conduta cujo resultado integra o próprio tipo penal, isto é, para a sua consumação é indispensável a

dispositivo no qual consta que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, cuja interpretação seria diferente se o tipo penal fosse construído da seguinte forma: constitui crime contra a ordem tributária a prática das seguintes condutas com o fim de suprimir ou reduzir tributo. Desse modo o crime passaria para formal, consumando-se com a simples conduta com o fim desejado independentemente do resultado.

Decomain (1994, p. 47) diz que o núcleo dos tipos descritos pelo art. 1º da Lei 8.137/90 está nos verbos suprimir e reduzir e não em falsificar, alterar, emitir, fraudar entre outras. Daí que a conduta essencial desses crimes é a supressão ou a redução do tributo, por meio da prática de uma das condutas previstas nos incisos I a V do referido artigo. Trata-se, portanto, de crimes de dano ou de resultado.

Essa é também a posição de Alvarenga (1998, p. 54). Diz ele que o art. 1º da Lei 8.137/90 não define senão um único crime de ação múltipla, cujo resultado, previsto no *caput* do artigo – suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social –, se efetiva no momento subsequente ao das condutas instrumentais múltiplas descritas nos incisos.

Diferentemente do art. 1º, o artigo 2º descreve crimes que para a sua consumação não há necessidade de ocorrência de resultado. Houve no STF a discussão a respeito da constitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, sob o fundamento de que essa norma penal violaria a Constituição Federal no ponto em que esta veda a prisão por dívida (art. 5º, LXVII). É que tal dispositivo estabelece como crime a conduta de deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

produção de um dano efetivo. O fato se compõe da conduta humana e da modificação do mundo exterior por ela operada. A não-ocorrência do resultado caracteriza a tentativa. Nos crimes materiais a ação e o resultado são cronologicamente distintos.

No HC nº. 77.631 – SC, o ministro Celso de Mello (BRASIL, 1998b, p. 35), então Presidente do STF, exarou despacho monocrático de que a prisão por dívida, vedada pela Constituição, é a prisão civil que não se confunde com a prisão penal, bem como o Pacto de São José da Costa Rica, como qualquer outro tratado internacional, não pode prevalecer sobre norma da Carta Magna. Os impetrantes, por sua vez, argumentaram que o disposto no art. 2º, II, da Lei 8.137/90 padeceria de dupla inconstitucionalidade porque: 1) a CF veda a prisão por dívida (CF, art. 5º, LXVII); 2) assegura a CF a imediata aplicação de direitos e garantias individuais decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil faça parte (art. 5º, §§ 1º e 2º).

Para o ministro Celso de Mello (BRASIL, 1998b, p. 35), a prisão de que trata o art. 2º, II, da Lei nº. 8.137/90, ao invés de reduzir-se ao perfil jurídico e à noção conceitual de prisão meramente civil, qualifica-se como sanção de caráter penal resultante da prática de conduta juridicamente definida como crime. A norma legal em questão encerraria uma típica hipótese de prisão penal, cujos elementos essenciais permitem distingui-la, especialmente em função de sua finalidade e de sua própria natureza, do instituto da prisão civil.

Em sendo hipótese de prisão penal e não civil, não seria pertinente, segundo o ministro, a alegação de que o Estado, ao editar o art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, que define pena criminal, em decorrência da prática de delito contra a ordem tributária, teria violado a norma inscrita no art. 5º, LXVII, da Carta Política, que proíbe - ressalvadas as hipóteses previstas no preceito constitucional em referência - a prisão civil por dívida. No fundamento, é enfatizado que a prisão civil, embora medida privativa da liberdade de locomoção física do depositário infiel e do inadimplente de obrigação alimentar, não possui conotação penal, pois a sua única

finalidade é compelir o devedor a satisfazer obrigação que somente a ele compete executar.

O outro fundamento, de que a Constituição Federal assegura a imediata aplicação de direitos e garantias individuais decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil faça parte (CF, art. 5º, §§ 1º e 2º), foi rebatido no despacho já referido (BRASIL, 1998b, p. 35), sob o argumento de que a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República.

Segundo ainda a decisão (BRASIL, 1998b, p. 35), o Pacto de São José da Costa Rica está, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas. Para Celso de Melo (1998b, p. 35), os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.

Há na doutrina diversas posições contrárias a tal argumentação, conforme é possível ver em Machado (2002, p. 13-29) e Dobrowolski (1997, p. 155-163), entre outros. Para eles, a utilização da lei penal ameaçando prisão para os inadimplentes, desde que não tenham chegado a essa situação em virtude de práticas fraudulentas ou de má fé, ressalvadas as hipóteses de prestação de alimentos e restituição de depósito, implica em flagrante inconstitucionalidade.

Machado (2002, p. 22) assevera que não se está falando, no caso, de práticas fraudulentas, mas de mera inadimplência. A norma estaria com a única finalidade de compelir o devedor a satisfazer obrigação que somente a ele compete executar. Machado (2002, p. 23) utiliza, ainda, de um argumento de cunho moral, ao afirmar que o Estado usa da pena para os que não pagam tributo em razão de não conseguir o cumprimento espontâneo da lei tributária porque não cumpre o papel de garantir a segurança pública.

2.4 OS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 168-A E 337-A DO CÓDIGO PENAL

Desde o início do século XX, o fato de não repassar aos cofres públicos a contribuição social recolhida dos empregados é crime, sempre tratado como apropriação indébita. O Decreto-Lei 65, de 14 de dezembro de 1937, já equiparava ao crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, no prazo devido, das contribuições previdenciárias⁴⁰.

Até a edição do Código Penal de 1940, não havia o crime de apropriação indébita autônomo, a conduta era equiparada ao crime de furto, o qual estava previsto no art. 330, da Consolidação das Leis Penais, em vigor desde a promulgação do Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932.

⁴⁰ O art. 5º do Decreto-Lei n. 65, de 14 de dezembro de 1937, possuía a seguinte redação: “O empregador que reter as contribuições recolhidas de seus empregados e não as recolher na época própria incorrerá nas penas do art. 331, n. 2, da Consolidação das Leis Penais, sem prejuízo das demais sanções estabelecidas neste decreto-lei.”

O art. 331, n. 2, da Consolidação das Leis Penais estava assim redigido: “É crime de furto sujeito às mesmas penas e guardadas as disposições do artigo precedente: (...) 2. Apropriar-se de coisa alheia que lhe houver sido confiada, ou consignada por qualquer título, com a obrigação de a restituir, ou fazer dela uso determinado.”

Do ponto de vista criminal não há registro de relevância no que se refere à aplicação do Decreto-Lei 65. No STF⁴¹, há jurisprudência sobre a aplicação do art. 3º do referido diploma legal⁴², o qual nada mais era do que a punição administrativa da mesma conduta tipificada como crime pelo art. 5º. Como lembra Maciel Filho (2004, p. 62) o Decreto-Lei 65 de 1937 não previa sanções para os crimes de estelionato previdenciário, sonegação de contribuições previdenciárias e falsificação de documentos previdenciários, contentando-se em prescrever punição apenas para a conduta de não recolher, na época própria, as contribuições devidas aos Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões.

A Lei 3.807/60, que instituiu a primeira Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), não inovou no que se refere à conduta da falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de quaisquer importâncias devidas às instituições de previdência e arrecadadas dos segurados ou do público, limitando-se, no art. 86, a estatuir que a conduta seria punida com as penas do crime de apropriação indébita⁴³, não se preocupando com as demais formas de causar danos ao patrimônio da Previdência Social.

Em 1966, por meio do Decreto n. 66, de 21 de dezembro, era alterado o art. 155 da Lei 3.807/60 para o acréscimo de inúmeras condutas como crimes contra a

⁴¹ Contribuição de previdência. Ação contra entidade de Direito público interno. Multa moratória, na forma do artigo 3 do Decreto-Lei n. 65 de 1937. Não aplicação do Decreto 22.785, de 1933. Execução de sentença. Recurso conhecido na forma da súmula 292. Provimento para restabelecimento da sentença de primeira instância. (Recurso Extraordinário n. 43868. Relator: Ministro Pedro Chaves. Brasília, 29 de setembro de 1964. Ementário de Jurisprudência vol. 603-02, p. 763).

⁴² Art. 3º do Decreto-Lei 65, de 14 de dezembro de 1937, dizia: "O não recolhimento, na época própria, das contribuições devidas aos Institutos ou Caixas de Aposentadorias e Pensões sujeitará os empregadores responsáveis à multa moratória de 1% (um por cento) ao mês, devida de pleno direito, independentemente de qualquer declaração, além de incorrerem os faltosos na penalidade de 100\$ (cem mil réis) a 10.000\$ (dez contos de réis).

⁴³ O art. 86 da Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960, estabelecia: "Será punida com as penas do crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de quaisquer outras importâncias devidas às instituições de previdência social e arrecadadas dos segurados ou do público. Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores das empresas incluídas no regime desta lei."

Previdência Social, entre elas a sonegação fiscal, a falsidade ideológica e o estelionato previdenciário.⁴⁴

O STF, por diversas vezes, julgou que as condutas tipificadas no art. 155 da Lei 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social) eram transcrições de dispositivos do Código Penal, aplicando-se todas as suas causas de aumento e diminuição. Foi o que ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário n. 115.182/RN (BRASIL, 1988, p. 15257).

Segundo o relator, o Decreto-Lei 66/66 previu a hipótese como estelionato conforme o art. 171 do Código Penal. Tratava-se de crime comum definido no caput, cometido contra uma autarquia federal, incidindo a hipótese da qualificadora prevista no § 3º do referido dispositivo. De acordo com o entendimento do STF, o art. 155, IV, da Lei Orgânica da Previdência Social não criou tipificação penal nova, mas, exclusivamente, arrolou condutas que se subsumiam ao tipo penal do estelionato qualificado por lesarem a autarquia previdenciária.

⁴⁴ Art. 155. Constituem crimes:

I - de sonegação fiscal, na forma da Lei nº. 4.739, de 14 de julho de 1965, deixar de:

a) incluir, na fôlha de pagamento dos salários, empregados sujeitos ao desconto das contribuições previstas nesta lei conforme determinação do item I do art. 80;

b) lançar, em títulos próprios de sua escrituração mercantil, cada mês, o montante das quantias descontadas de seus empregados e o da correspondente contribuição da empresa, conforme estabelece o item II do artigo 80;

c) escriturar nos livros e elementos discriminativos próprios as quantias recolhidas a título de "Quota de Previdência" dos respectivos contribuintes;

II - de apropriação indébita, definido no artigo 168 do Código Penal, além dos atos previstos no artigo 86, a falta de pagamento do salário-família aos empregados quando as respectivas quotas tiverem sido reembolsadas à empresa pela previdência social.

III - de falsidade ideológica, definido no artigo 299 do Código Penal, inserir ou fazer inserir:

a) nas fôlhas de pagamento a que se refere o item I do artigo 80, pessoas que não possuam, efetivamente, a condição de segurado;

b) na carteira profissional de empregado, declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita;

c) em quaisquer atestados necessários à concessão ou pagamento de prestações aos beneficiários da previdência social declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita;

IV - de estelionato, definido no artigo 171 do Código Penal;

a) receber ou tentar receber, dolosamente, qualquer prestação de benefício da previdência social;

b) praticar qualquer ato que acarrete prejuízo à previdência social visando a usufruir vantagens ilícitas;

c) emitir e apresentar, para pagamento pela previdência social, fatura de serviços não executados ou não prestados.

Em 1976, atendendo ao disposto no art. 6º, da Lei 6.243, de 24 de setembro de 1975, foi promulgada a Consolidação das Leis da Previdência Social, por meio do Decreto 77.077, de 24 de janeiro, a qual tratou dos crimes previdenciários nos arts. 149 e 224. Posteriormente, em 1984, o Decreto 89.312, de 23 de janeiro, estabeleceu as condutas lesivas à Previdência Social nos artigos 146, 217, §2º e 222.

Sob a égide da nova Constituição, foi promulgada a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, propondo tipificar os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, definindo no seu art. 1º constituir crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as condutas descritas nos itens I a V, e no art. 2º, II, constituir crime deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

Essa lei vigorou em relação aos ditos crimes de sonegação da contribuição previdenciária e de apropriação indébita previdenciária até o ano seguinte, 1991, quando, em 24 de julho, entrou em vigor a Lei 8.212, dispondo sobre a Organização do Custeio da Seguridade Social, a qual, no seu artigo 95, alíneas *a* a *j*, definiu diversas condutas tendentes a causar danos à Seguridade Social. Tal dispositivo revogou, tacitamente, as normas dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, relacionados à Previdência Social.

Porém, ao estabelecer a pena para as condutas, o legislador cometeu um equívoco estipulando no § 1º do citado artigo punição apenas para as alíneas *d*, *e* e

f, deixando de fora todas as outras alíneas⁴⁵. Isso impossibilitou a punição das demais condutas, as quais não possuíam sanção, face o princípio constitucional da legalidade, ou seja, não há pena sem lei anterior que a defina.

Fazendo dura crítica à lei, Maciel Filho (2004, p. 70) diz que, não bastasse a omissão do legislador quanto à definição da pena para as demais alíneas, nas únicas para as quais foi prevista a aplicação da sanção penal, o legislador demonstrou total falta de técnica legislativa ao determinar que as penas aplicáveis fossem aquelas previstas no art. 5º da Lei n. 7.492/86 (reclusão de 2 a 6 anos), tratando-se de pena aplicada por remissão.

Em razão das falhas já apontadas de redação do art. 95, da Lei 8.212/91, em 14 de julho de 2000 foi promulgada a Lei 9.983, com um período de *vacatio legis* de noventa dias, agora com a inovação de acrescentar uma letra aos artigos 168 e 337 do Código Penal⁴⁶.

⁴⁵ § 1º, do art. 95, da Lei 8.212/90: "No caso dos crimes caracterizados nas alíneas d, e e f deste artigo, a pena será aquela estabelecida no art. 5º da Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, aplicando-se à espécie as disposições constantes dos arts. 26, 27, 30, 31 e 33 do citado diploma legal".

⁴⁶ "Apropriação indébita previdenciária" (AC)

"Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional." (AC)

"Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa." (AC)

"§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:" (AC)

"I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;" (AC)

"II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;" (AC)

"III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social." (AC)

"§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal." (AC)

"§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:" (AC)

"I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou" (AC)

"II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais." (AC)

"Sonegação de contribuição previdenciária" (AC)

"Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:" (AC)

A Lei 9.983/2000 expressamente revogou o art. 95 e seu § 1º, da Lei 8.212/91, não pairando dúvidas quanto à aplicação da lei nova aos fatos ocorridos após a sua vigência. Cumpre, porém, anotar que a lei nova é mais benéfica do que a lei revogada, vez que a 8.212/91 estabelecia uma pena de reclusão de 2 a 6 anos enquanto a nova lei estabeleceu uma pena de reclusão de 2 a 5 anos, devendo retroagir para beneficiar o réu.

Agora, no âmbito doutrinário e jurisprudencial discutiu-se a respeito de a nova lei representar uma *abolitio criminis* em relação à anterior, contudo, a posição majoritária, hoje pacífica, foi da incoerência da *abolitio criminis* porque a lei nova manteve a figura típica anterior, não se afastando a tipicidade da conduta praticada⁴⁷.

"I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;" (AC)

"II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;" (AC)

"III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias;" (AC)

"Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa." (AC)

"§ 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal." (AC)

"§ 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:" (AC)

"I – (VETADO)"

"II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais." (AC)

"§ 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa." (AC)

"§ 4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social." (AC)

⁴⁷ PENAL E PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 9º DA LEI Nº. 10.684/2003. TESE ENFRENTADA NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NO RECURSO ESPECIAL A QUE A PRESENTE MEDIDA ESTÁ VINCULADA. PREJUDICADO. REVOGAÇÃO DO ART. 95 DA LEI Nº. 8.212, PELA LEI Nº. 9.983/00. ABOLITIO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. I - Se a tese referente à aplicação do art. 9º da Lei n.º. 10.684/2003 à hipótese dos autos foi enfrentado nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 515317/PR, a que esta medida cautelar é vinculada, resta o presente feito prejudicado quando a esse ponto. II - Incoerência da alegada *abolitio criminis*, uma vez que a *novatio legis* (art. 168-A, § 1º, do Código Penal, acrescentado pela Lei nº. 9.983/00), conquanto tenha revogado o disposto no art. 95 da Lei nº. 8.212/91, manteve a figura típica anterior no seu aspecto substancial, não fazendo desaparecer o delito em questão. (Precedentes). Medida

Gomes (2001, p. 20) defende que as alíneas *d*, *e* e *f* já retratavam figuras delituosas, não tendo ocorrido nenhuma *abolitio criminis* porque todas as figuras anteriores acham-se devidamente inseridas nos novos tipos penais. Para ele, não se deu uma descontinuidade normativo-típica, ao contrário, tudo o que se encontrava nos tipos anteriores encontra-se nos novos. A rigor, os crimes contra a Previdência Social existiam antes da Lei 9.983/2000 e continuam a existir depois dela. A lei nova não é lei posterior que deixa de considerar crimes condutas de apropriação indébita previdenciária ou de sonegação previdenciária. A nova lei deu apenas novos contornos à conduta, mantendo a sua tipicidade e antijuridicidade.

O caput do art. 168-A estabeleceu como crime deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional e o art. 337-A, também no caput, tipificou como crime a supressão ou redução de contribuição previdenciária mediante as condutas de omitir ou deixar de lançar as informações necessárias na folha de pagamento, nos títulos de contabilidade ou mesmo quando omite, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos nos quais poderiam incidir contribuições sociais previdenciárias.

Os tipos penais analisados foram situados em títulos distintos do Código Penal. O 168-A, intitulado apropriação indébita previdenciária, está no título dos crimes contra o patrimônio e no capítulo referente à apropriação indébita, o art. 337-A situa-se no título dos crimes praticados contra a administração pública e no capítulo dos crimes praticados por particular contra a administração pública.

Salomão (2001, p. 70) critica a maneira com a qual o legislador incluiu no Código Penal os chamados crimes previdenciários. Para ela, a distribuição dos tipos penais pelo Código Penal se deu de forma assistemática e aleatória. Dessa forma

cautelar parcialmente conhecida e, nesse ponto, julgada improcedente. (MC 8.750/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21.10.2004, DJ 16.11.2004 p. 302) (BRASIL, 2004a, p. 302).

temos crimes contra a arrecadação tributária inseridos dentro do Título II, dedicado aos crimes contra o patrimônio, como é o caso do art. 168-A, e no Título XI, relativo aos crimes contra a administração pública o art. 337-A.

O tipo penal do art. 168-A trata de um delito omissivo misto alternativo, exigindo para a sua comprovação uma das quatro condutas omissivas, a saber: a) deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional; b) deixar de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; c) deixar de recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; d) deixar de pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

O Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2007a, p. 311) decidiu que o crime de apropriação indébita previdenciária é crime omissivo próprio de mera conduta e que se aperfeiçoa independentemente do fato de o agente vir a se beneficiar com os valores arrecadados de seus empregados e não repassados à previdência social⁴⁸. Decidiu, ainda, nesse mesmo julgamento, que não há necessidade para a sua

⁴⁸ PENAL. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DE EMPREGADOS. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NA 3ª SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp nº 331.982/CE, pacificou entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária caracteriza-se com a simples conduta de deixar de recolher as contribuições descontadas dos empregados, sendo desnecessário o animus rem sibi habendi para a sua configuração. 2. Trata-se, pois, de crime omissivo próprio ou puro, que se aperfeiçoa independentemente do fato de o agente (empregador) vir a se beneficiar com os valores arrecadados de seus empregados e não repassados à Previdência Social. 3. A exigência do dolo específico tornaria praticamente impossível atingir o objetivo do legislador ao editar a norma contida no art. 168-A do Código Penal, que é o de proteger o patrimônio público e os segurados da Previdência Social. 4. Recurso especial provido. (REsp 476.640/SE, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 20.04.2004, DJ 02.04.2007 p. 311) (BRASIL, 2007a, p. 311).

configuração do *animus rem sibi habendi*, ao contrário do tipo penal de apropriação indébita previsto no art. 168 do Código Penal, e que não há necessidade da prova do dolo específico⁴⁹, no caso a intenção de não recolher aos cofres públicos as contribuições previdenciárias.

2.5 A AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

2.5.1 O respeito à dignidade da pessoa humana como garantia fundamental no processo penal

O processo penal é um assunto da sociedade, e não é admirável que assim o seja, pois é ele que realiza e operacionaliza a prática do direito penal. De sorte que a salvaguarda e a proteção dos bens primários à sobrevivência comunitária só com o processo penal pode almejar eficácia, resultando, por conseguinte, o natural interesse geral na investigação e esclarecimento dos crimes e conseqüente punição dos autores.

Destarte, estrutura-se um modelo processual que não só concede, mas também exige dos sujeitos processuais públicos um papel particularmente interventor, principalmente no que respeita à promoção de diligências reputadas como essenciais à persecução da verdade material. É que se está, de fato, perante um processo que, pela própria natureza, é apto a abarcar um conjunto de procedimentos que podem afetar, de forma grave, os direitos fundamentais das

⁴⁹ A decisão do STJ ainda se utiliza da expressão dolo específico quando a doutrina moderna o denomina de elemento subjetivo do injusto ou elemento subjetivo do tipo. Brandão (2002, p. 65) esclarece que tais elementos se diferenciam do dolo porque este não está explícito no tipo. Os elementos subjetivos do injusto são expressos e se referem ao estado anímico do agente, que está voltado para uma direção especial.

peças. Com efeito, a ansia de perseguição e prova de fatos gravemente atentatórios de bens jurídico-penais incita o recurso a práticas que podem pôr em risco aqueles mesmos direitos.

Fernandes (2003, p. 64) defende que há necessidade de se admitir a atuação da defesa na investigação, mesmo sem se exigir o contraditório, ou seja, ainda que não se imponha a necessidade de prévia intimação dos atos a serem praticados. Para ele, não se trata de ampla defesa, mas uma forma de se garantir ao investigado o resguardo dos seus interesses mais importantes, a saber: requerimento de diligências, pedido de liberdade provisória, relaxamento de flagrante, impetração de habeas corpus.

Assim, se o próprio legislador processual penal, sob a bandeira da verdade material, restringe alguns desses direitos, outros, no entanto, apresentar-se-ão como inderrogáveis no seu conteúdo, sob pena de se afetar, de forma insuportável, o mais nodular núcleo da dignidade humana que se assume como um dos alicerces da estrutura do Estado Democrático de Direito.

Não obstante, alguns dos direitos fundamentais conformadores dessa dignidade são, por vezes, restringidos, assim avultando a questão da obtenção de um ponto de otimização ideal e equilibrado que faça a concordância prática entre a necessária investigação de fatos criminosos, que à comunidade interessa, e a salvaguarda daquela dignidade. Isto leva à dedução de que o Direito Processual Penal não pode deixar de se apresentar, inevitavelmente, como um assunto constitucional.

A importância do tema levou o constituinte de 1988 a incluir, na Carta da República Federativa do Brasil, uma série de normas dirigidas ao processo penal. Repare-se que os seus mandamentos se inserem em sede de direitos e garantias

fundamentais (Capítulo I, Título II, CF) a cuja matéria, ensina Canotilho (1993, p. 523), se atribui “uma força vinculante e uma *densidade aplicativa* (‘aplicabilidade direta’) que apontam para um reforço de ‘mais valia’ normativa destes preceitos relativamente a outras normas da Constituição, *inclusive* as referentes a outros direitos fundamentais”.

A dependência jurídico-positiva que o Direito Processual Penal apresenta em face da Constituição é, portanto, imediatamente operativa, pelo que caberá fazer, aqui, uma sua aproximação, com o único objetivo de constatar os vetores fundamentais caracterizadores do modelo estrutural de processo penal de um Estado Democrático de Direito, como se pretende o brasileiro. Com efeito, os preceitos constitucionais, com relevância processual, têm a natureza de princípios do próprio processo penal, já que são normas de garantia.

É que, consoante Grinover et al (2000, p. 22), no Brasil constitucional da atualidade, o contraditório, a ampla defesa, o juízo natural, a motivação e a publicidade constituem direitos públicos subjetivos das partes.

Assim, na Constituição processual penal, de um ponto de vista estrutural, há uma forte preocupação em consagrar um modelo basicamente acusatório, não resultando isto tão só do imperativo previsto nos itens LIV e LV do artigo 5º, mas também de outros comandos, cuja observância somente será realizável naquele modelo. No entanto, a Constituição não consagra uma estrutura acusatória em que, ao jeito anglo-saxônico, os sujeitos processuais sejam verdadeiras partes que visam dirimir um litígio, como se de um interesse público se não tratasse.

Coutinho e Carvalho (2004, p. 140) afirmam que a ordem constitucional, ao separar as atribuições de acusar do poder de julgar, não assegura, por si só, a adoção de um sistema acusatório, porque a diferença entre este e o inquisitório está

na gestão da prova e não na referida separação. Para eles, o processo penal brasileiro mantém o princípio inquisitivo, mesmo incompatível com a Constituição, pois o juiz segue como gestor da prova.

No processo penal brasileiro se consagra uma fase marcadamente investigatória, o inquérito, sob a justificativa de não estarem em jogo apenas interesses privados de sujeitos individuais. Tal fase preliminar, a cargo da polícia judiciária, visa apurar a existência, ou não, de indícios suficientes da prática de um crime, de forma a decidir da submissão do processo a julgamento. Uma tal concepção processual acarreta, a princípio, uma inevitável posição de inferioridade do acusado como alvo de investigações de todo um sistema organizado, a serviço do Estado, daí que se desprende, à luz da dignidade humana, o sentido global do artigo 5º, item LV, da CF, que proclama o asseguramento a ele de todas as garantias de defesa.

Coutinho (2007, p. 11-13) faz, com razão, críticas à primeira fase inquisitória do processo penal brasileiro. Para ele, o calcanhar de Aquiles do sistema, que se reflete na produção da prova na investigação preliminar, é saber se tal prova vale na segunda fase do processo penal, a judicial. Portanto, a grande tarefa dos juristas, em especial dos magistrados, é compatibilizar a Constituição Federal com o Código de Processo Penal de 41, segundo ele, cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália.

É nítida, no legislador constitucional, a preocupação de garantir ao acusado a possibilidade de defesa a cada *golpe* infligido pela máquina do sistema punitivo, sendo perfeitamente justificável que assim o seja. É que, se há que respeitar a dignidade e os inerentes direitos fundamentais da pessoa humana, então, quando sobre eles recaem indícios suficientes da prática de um crime, devem-se armá-los

de garantias e direitos processuais que lhe possibilitem uma defesa plena.

Fernandes (2003, p. 63) diz que o contraditório refere-se à oportunidade dada à parte de contrariar os atos da parte adversa. O contraditório põe uma parte em confronto com a outra, exigindo que ela tenha ciência dos atos da parte contrária, com possibilidade de contrariá-los.

Assim se molda a estrutura acusatória do processo penal brasileiro pela Constituição da República, na verdade uma estrutura de compromisso, que visa ao equilíbrio entre a justiça do caso concreto e a dignidade do acusado. É que, mesmo que se entenda o modelo acusatório puro como o que melhor assegura os direitos do acusado, não se pode esquecer que no processo penal estão em jogo os interesses de toda a comunidade. Com efeito, um Estado de Direito material democrático não absolutiza a tutela dos interesses das pessoas individualmente consideradas, porquanto há de ter em conta a proteção das instituições estatais, os seus valores fundamentais, a sua sociabilidade e uma eficaz Justiça Penal.

Enaltece-se aqui o conceito de dignidade da pessoa humana que, nos dias de hoje, é um dado qualificável como axiomático. Efetivamente, poucos contestarão, com pretensão de validade, a intangibilidade do *princípio da humanidade*, pelo qual devem os homens respeitar os homens.

Era já isto basilar na filosofia de Kant (1960, p. 68), revelado na segunda formulação do imperativo categórico e com uma evidente relevância atual: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio”. Assim, no plano jurídico-normativo, a dignidade humana aparece como núcleo gravitacional da estrutura do Estado de Direito materialmente democrático e

social e diretamente a ela relacionada encontram-se os direitos fundamentais das pessoas.

São estes, aliás, que dão conteúdo ao conceito de dignidade humana, a ponto de o conformar, tanto que, em corroboração a isto, afirmam Canotilho e Moreira (1993, p. 58) que a dignidade humana está organicamente ligada “à garantia constitucional dos direitos fundamentais”, na medida em que os fundamenta e lhes confere unidade.

Trata-se, portanto, de realidades normativas profundamente vinculadas e resultantes de um consenso daqueles (ou de todos) que, usando a linguagem como meio de integração social, participam do discurso da comunidade.

O respeito à dignidade da pessoa é previsto em vários sistemas normativos espalhados pelo mundo. No Brasil, é expresso no art. 1º, III, da CF. Segundo Tôrres (1992, p. 35), tem-se assim que a medida do justo deve estar em concordância com a realização de outros valores, como, por exemplo, o valor segurança, essencial para a realização do ser humano no meio social, dando-se a ele oportunidades e, mais que tudo, respeitando-lhe a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, perante uma filosofia processual que se não compadece com um processo penal de partes, à maneira de um modelo acusatório puro, por virtude de inerentes e indesejáveis perigos na persecução de um interesse que se reputa público — este encontra os seus limites, já se sabe, no inderrogável núcleo da dignidade humana do acusado.

Nessa estrutura, torna-se particularmente difícil, segundo Tourinho Filho (1992, p. 45), até por uma questão de falta de legitimidade para a disponibilidade do objeto e da ação processual penal, admitir soluções baseadas em ideais de diálogo, consenso e tolerância, tão caros ao Estado de Direito democrático e social e que se

poderiam mostrar extremamente úteis nestes tempos de crescente criminalidade massificada.

Coutinho e Carvalho (2004, p. 141) admitem que existe no Brasil, um arsenal capaz de conduzir o sistema processual penal à base acusatória, mas isso não ocorrerá enquanto o Poder Judiciário não assumir a Constituição da República contra o ultrapassado Código de Processo Penal, deixando de fazer concessões imperdoáveis ao fundamento inquisitorial contido neste.

2.5.2 A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária como ofensa aos princípios e garantias constitucionais

A polêmica relativa à denúncia genérica ganhou corpo no mundo jurídico nacional a partir de decisões do STF ora permitindo⁵⁰ ora proibindo⁵¹ ao Ministério

⁵⁰ A exemplo da hipótese permitindo, veja-se o julgamento realizado pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, em 13 de setembro de 2005: EMENTA: I. Habeas-corpus: recurso ordinário ou impetração substitutiva dele: exigência de fundamentação pertinente. II. Omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de empregados: denúncia: aptidão. Tratando-se de crimes societários em que não se verifica, de plano, que "as responsabilidades de cada um dos sócios ou gerentes são diferenciadas, em razão do próprio contrato social relativo ao registro da pessoa jurídica envolvida", não há inépcia da denúncia pela ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado, sendo suficiente a de que "os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade sob a qual foram supostamente praticados os delitos" (HC 85.549, 2ª T., 24.5.05, Gilmar, DJ 24.6.05). A condição de gestores da empresa, nos sucessivos períodos da prática dos fatos delituosos, basta a fundar a imputação inicial feita a cada um dos pacientes, não se prestando o habeas corpus à verificação do efetivo exercício da gestão, no período em que por ela responsável. (BRASIL, 2005a, p. 12)

⁵¹ A respeito da hipótese proibindo observe-se o seguinte julgamento proferido pela mesma primeira turma, agora da relatoria do ministro Cezar Peluso: EMENTAS: 1. AÇÃO PENAL. Denúncia. Deficiência. Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos. Sacrifício do contraditório e da ampla defesa. Ofensa a garantias constitucionais do devido processo legal (due process of law). Nulidade absoluta e insanável. Superveniência da sentença condenatória. Irrelevância. Preclusão temporal inócurrenente. Conhecimento da arguição em HC. Aplicação do art. 5º, incs. LIV e LV, da CF. Votos vencidos. A denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes da defesa, é causa de nulidade absoluta e insanável do processo e da sentença condenatória e, como tal, não é coberta por preclusão. 2. AÇÃO PENAL. Delitos contra o sistema financeiro nacional. Crimes ditos societários. Tipos previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº. 8.137/90 e art. 22 da Lei nº. 8.137/90 e art. 22 da Lei nº. 7.492/86. Denúncia genérica. Peça que omite a descrição de comportamentos típicos e sua atribuição a autor individualizado, na qualidade de administrador de empresas. Inadmissibilidade. Imputação à imputação à pessoa jurídica. Caso de responsabilidade

Público a propositura de ação penal sem a individualização da participação de todos os acusados. O principal fundamento para se admitir a dita denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária é o de que há dificuldade inicial em apurar determinados fatos nos crimes chamados de societários devendo prevalecer o princípio do *in dubio pro societate*. Tal fundamento leva ainda em consideração a circunstância de que durante a instrução criminal ficará o fato delituoso esclarecido com a condenação dos culpados e a absolvição dos inocentes.

Disse o ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2005a, p. 12), no acórdão citado, que não se tratava de concessão à responsabilidade penal objetiva nos crimes societários, mas de admitir que os acusados fossem denunciados na condição de dirigentes da empresa, responsáveis pela tomada de decisões a ela pertinentes.

O melhor ponto de vista, no entanto, é o de não se admitir a denúncia genérica em nenhum tipo de crime, societário ou não, sob pena de se mal ferir vários princípios constitucionais, entre eles do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e o da dignidade da pessoa humana. Isso porque a simples instauração de inquérito policial contra alguém sem o mínimo de substrato fático a lhe autorizar causa um dano irreparável, pois a figura do investigado em nossa sociedade é estigmatizante, bastando ver que a maioria dos concursos públicos para cargos de nível superior exige a certidão negativa de antecedentes criminais fornecida pela polícia.

penal objetiva. Inépcia reconhecida. Processo anulado a partir da denúncia, inclusive. HC concedido para esse fim. Extensão da ordem ao co-réu. Inteligência do art. 5º, incs. XLV e XLVI, da CF, dos arts. 13, 18, 20 e 26 do CP e 25 da Lei 7.492/86. Aplicação do art. 41 do CPP. Precedentes. No caso de crime contra o sistema financeiro nacional ou de outro dito “crime societário”, é inepta a denúncia genérica, que omite descrição de comportamento típico e sua atribuição a autor individualizado, na condição de diretor ou administrador de empresa. (BRASIL, 2005b, p. 12)

Carnelutti (1995, p. 62) defendia que, enquanto o acusado não é culpado, a declaração da sua inocência é a única maneira de reparar o dano que injustamente lhe foi ocasionado. Se, na verdade, ele não cometeu o delito, quer dizer não somente que se deve ser absolvido, mas também que não deveria ter sido acusado.

Se a mera instauração de inquérito policial causa danos ao indivíduo, quanto mais a ação penal desmotivada, sem fundamento, com acusações vagas, que não permitem a completa defesa de quem está sendo denunciado. Tôrres (2004, p. 68) ensina que a plenitude de defesa é uma imposição do devido processo legal, e Fernandes (2003, p. 50) defende, na mesma linha de raciocínio, que a Constituição Federal não se limitou a assegurar ao réu o exercício de sua defesa, mas no art. 5º, LV, garantiu-lhe a ampla defesa, sem restrições, porque a acusação, em regra, está afeta a órgão oficial, com todo um aparelhamento estatal montado para ampará-lo, não se justificando a formulação de denúncias vagas e imprecisas, impossibilitando o exercício da defesa.

A fim de que se observe o devido processo legal, a denúncia deve conter os requisitos exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal para sua validade. Almeida Júnior (1959, p. 183) diz que a denúncia é uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxilius), o malefício que produziu (quid), os motivos que o determinaram a isso (cur), a maneira porque a praticou (quomodo), o lugar onde a praticou (ubi), o tempo (quando)⁵², demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes.

⁵² Segundo enumeração de Aristóteles, na *Ética a Nicomac*, 1. III), as circunstâncias resumidas pelas palavras quis, quid, ubi, quibus auxilius, cur, quomodo, quando, assim referidas por Cícero (*De Invent. I*).

Daí Coutinho (1989, p. 148) defender que não há como afastar a tipicidade do juízo de admissibilidade da acusação, pois excluí-la pode significar uma maior desumanização do nosso processo penal, já tão desrespeitoso da dignidade da pessoa humana.

Além disso, a denúncia infundada e genérica, sem motivação, ofende a dignidade da pessoa humana, porque não descrevendo os fatos na sua devida conformação, não se coaduna com os postulados básicos do estado de Direito. Nesse sentido veja-se o julgado proferido no HC 84.409/SP, em 14.12.2004 (BRASIL, 2005c, p. 57), relator para o acórdão o ministro Gilmar Mendes, no qual está expressa a necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir-lhe o curso⁵³.

O acórdão mencionado levou em consideração que a imputação penal não pode ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador. Para que a peça acusatória tenha validade, é preciso um suporte empírico, pois a denúncia é o projeto da sentença, a exigir a veiculação dos elementos estruturais, essenciais e circunstanciais inerentes à descrição do fato delituoso.

O sistema jurídico brasileiro impõe à acusação a obrigação de expor, de maneira clara, objetiva, precisa e individualizada, a participação de cada acusado da prática de uma infração penal. Tal imposição possibilita o exercício da plenitude do direito de defesa pelo acusado e o juiz tenha condições de, ao resolver a lide,

⁵³ EMENTA: HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ESTADO DE DIREITO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP NÃO PREENCHIDOS. 1 - A técnica da denúncia (art. 41 do Código de Processo Penal) tem merecido reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa. Precedentes. 2 - Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. 3 - Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. 4 - Ordem deferida, por maioria, para trancar a ação penal. (BRASIL, 2005, p. 57).

analisar a conduta individual do réu, sem olvidar o Direito penal da culpa e o princípio constitucional do devido processo legal.

Coutinho e Carvalho (2004, p. 147) dizem que, antes que se impute um crime, é necessário saber se há um crime a ser imputado e se alguém o cometeu. Tal atitude leva à certeza de que, quanto mais forem os acusados, mais a atribuição deve ser precisa, para possibilitar o controle da acusação que está sendo feita e seja permitida a defesa estabelecida pela Constituição da República⁵⁴.

É também de se registrar a posição do STF em relação ao sócio-quotista minoritário sem funções gerenciais na empresa e que foi denunciado pelo Ministério Público: conforme o julgamento do HC n. 73.590, relator ministro Celso de Mello (BRASIL, 1996b, p. 591) o simples ingresso formal de uma pessoa em determinada sociedade civil ou mercantil, sem que exerça função gerencial e nem tenha participação efetiva na regência das atividades empresariais, não basta, por si só, especialmente quando ostente a condição de quotista minoritário, para fundamentar qualquer juízo de culpabilidade penal⁵⁵.

⁵⁴ Coutinho e Carvalho (2004, p. 147) dizem que a necessidade de se saber se houve um crime antes de imputá-lo a alguém parece lógico desde que Feuerbach traçou as primeiras linhas sobre a atribuição correta e proporcional de responsabilidades.

⁵⁵ E M E N T A: HABEAS CORPUS - DELITO SOCIETÁRIO - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - LEI Nº. 8.137/90 - QUOTISTA MINORITÁRIO (1% DAS QUOTAS SOCIAIS) - INEXISTÊNCIA DE PODER GERENCIAL E DECISÓRIO - IMPOSSIBILIDADE DE INCRIMINAR QUOTISTA SEM A EFETIVA COMPROVAÇÃO DE CONDUTA ESPECÍFICA QUE O VINCULE AO EVENTO DELITUOSO - INSUBSISTÊNCIA DA CONDENAÇÃO PENAL DECRETADA - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe ao Ministério Público a obrigação de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do due process of law, ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação. O ordenamento positivo brasileiro repudia as acusações genéricas e repele as sentenças indeterminadas. PERSECUÇÃO PENAL DOS DELITOS SOCIETÁRIOS - SÓCIO QUOTISTA MINORITÁRIO QUE NÃO EXERCE FUNÇÕES GERENCIAIS - CONDENAÇÃO PENAL INVALIDADA. - O simples ingresso formal de alguém em determinada sociedade civil ou mercantil - que nesta não exerça função gerencial e nem tenha participação efetiva na regência das atividades empresariais - não basta, só por si,

2.5.3 A necessidade do prévio exaurimento da via administrativa para o exercício da ação penal nos crimes contra a ordem tributária

A respeito da necessidade do prévio exaurimento do procedimento administrativo para a instauração da ação penal nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e 337-A do Código Penal, devem-se esclarecer as questões que estavam postas até a decisão do STF proferida nos autos do Habeas Corpus n. 81.611-8/DF (BRASIL, 2005d, p. 6). A primeira questão se relacionava à necessidade ou não da prévia instauração de inquérito policial para o esclarecimento da conduta de cada acusado, sendo a opinião prevalente que, estando a peça acusatória arriada em processo administrativo realizado pela Receita Federal, o inquérito policial é desnecessário, bastando para o oferecimento da denúncia a identificação da legitimidade passiva, com a juntada do contrato social, sem necessidade de discriminação pormenorizada da participação de cada sócio.

Em segundo lugar, se discutia se o procedimento administrativo constituía ou não questão prejudicial. De acordo com posição adotada no julgamento do Habeas Corpus n. 2004.03.00.041350-4 pelo TRF da 3ª Região (BRASIL, 2004b, 365), o art. 92 do CPP estava descartado, pois se relaciona com a controvérsia sobre o estado civil das pessoas. O art. 93 do CPP disciplina sobre a existência de questão

especialmente quando ostente a condição de quotista minoritário, para fundamentar qualquer juízo de culpabilidade penal. A mera invocação da condição de quotista, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que vincule o sócio ao resultado criminoso, não constitui, nos delitos societários, fator suficiente apto a legitimar a formulação da acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. A circunstância objetiva de alguém meramente ostentar a condição de sócio de uma empresa não se revela suficiente para autorizar qualquer presunção de culpa e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a decretação de uma condenação penal. (HC n. 73.590, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, unânime, DJ 13.12.1996 (BRASIL, 1996b, p. 591).

prejudicial diversa de competência do juízo cível e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, sendo facultativa a suspensão do processo penal pelo juízo criminal, desde que a questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite.

O terceiro argumento se referia à atribuição constitucional do Ministério Público para propor a ação penal pública. Sendo princípio institucional do MP a independência funcional, do qual se desdobra o entendimento de que seus membros não estão atrelados aos atos, decisões ou posicionamentos de quaisquer órgãos do Poder Executivo, deveria ser privativo do órgão ministerial a elaboração do juízo acusatório.

Na órbita do Direito tributário, a posição era de que sendo o crédito tributário decorrente de lei, dever-se-ia atentar se houve ou não em tese redução ou supressão dele, para fins de tipificação penal. Nessa ótica, o que se chama de constituição do crédito tributário é sua declaração na órbita administrativa, portanto, os recursos interpostos no âmbito da Fazenda Pública teriam somente o efeito de suspender a exigibilidade do crédito respectivo.

Nessa linha, afirmava-se que o lançamento é pressuposto para a cobrança do crédito tributário, formando o título executivo fiscal. O juízo penal, por sua vez, determinaria a realização do tipo penal e o autor do crime, sendo a infração penal fiscal revelada judicialmente pela subsunção do fato ou conduta à descrição legal do crime. Em conseqüência, analisando o caso concreto, poder-se-ia extrair se um tributo era devido e se o contribuinte mediante as condutas tipificadas na lei, atuou criminosamente para a redução ou supressão tributárias.

Afirmava-se que, sendo o tipo penal da sonegação fiscal material, qualquer das condutas tipificadas no art. 1º da Lei 8.137/90 atingem o resultado supressão ou

redução do tributo, tornando desnecessário o término do procedimento administrativo para se configurar a materialidade.⁵⁶

Toda essa problemática foi pela primeira vez submetida à análise do STF no HC 77.002, cujo julgamento pelo Plenário acabou prejudicado pela superveniência da absolvição do paciente, porém, dois votos (Jobim e Sepúlveda Pertence) a favor da necessidade do prévio exaurimento da instância administrativa para o exercício da ação penal foram proferidos.

Fonteles (2002, p. 492-497), ao proceder à análise crítica ao voto de Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2005a, p. 12) naquele julgamento, se disse inicialmente de acordo com a opinião do ministro no que se relacionava à natureza jurídica da ação penal se incondicionada ou condicionada à representação da autoridade fazendária, a teor do art. 83 da Lei 9.430/96⁵⁷, pois tanto Sepúlveda Pertence quanto Fonteles convergem para o entendimento de que o art. 83 da Lei 9.430/96 não condicionou a legitimação do Ministério Público para a ação penal pública por crimes contra a ordem tributária, ao que chamou de “representação fiscal para fins penais relativos a tais delitos”.

Em sendo a atividade administrativa plenamente vinculada, ou seja, o agente fazendário não teria a opção entre enviar ou não a representação fiscal, não faria sentido dar-lhe a discricão da decisão a respeito da persecução penal. Efetivamente, o Ministério Público pode propor a ação penal independentemente de qualquer

⁵⁶ Tal posição era consagrada no STJ como se vê da ementa do julgado no HC 8208. PENAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CRIME SOCIETÁRIO. ART. 83 DA LEI Nº 9.430/96. I - O art. 83 da Lei 9.430/96 não é condição de procedibilidade e nem aparente hipótese de prejudicialidade para a propositura ou seguimento da ação penal. II - A inoportunidade de participação no evento só pode ser apurada ao final, no "iudicium causae", porquanto exige, aqui, para tanto, o vedado cotejo de prova. Ordem denegada. (HC 8208/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18.02.1999, DJ 12.04.1999 p. 166) (BRASIL, 1999, p. 166).

⁵⁷ Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

iniciativa condicionante da administração tributária, a qual, pelo contrário, está obrigada ao atendimento da requisição de documentos e informações.

A respeito da natureza dos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, se material ou formal, Fonteles (2002, p. 493) vai além do que entendeu Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2005a, p. 12) ao considerar ambos de resultado ou material, enquanto o ministro compreendia que o do art. 1º era material e o do art. 2º era formal.

Sustenta o autor citado que o art. 2º faz expressa remissão ao art. 1º, afirmando serem os tipos penais da mesma natureza. Assim, se ambos os tipos penais, tanto o do art. 1º, quanto o do art. 2º, têm a mesma natureza, a melhor exegese é a de são crimes materiais ou de resultado, argumentando mais o autor que as infrações contemplam comportamentos de sonegação fiscal com efetivo dano à Fazenda Pública.

Posição diametralmente oposta à adotada por Sepúlveda Pertence no Habeas Corpus n. 81.611-8/DF (BRASIL, 2005d, p. 6)⁵⁸, emitiu Fonteles a respeito da necessidade do prévio exaurimento do procedimento administrativo como condição objetiva de punibilidade. Fonteles (2002, p. 495) começa a argumentação

⁵⁸ EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.

definindo o que seja condição objetiva de punibilidade, que, segundo Bettiol e Fragoso⁵⁹, é consequência do crime e indispensável à existência do delito.

Não haveria crime antes que a condição objetiva de punibilidade se verificasse, havendo então a condição objetiva de punibilidade, que pelo entendimento do autor citado, seria um acontecimento futuro ou concomitante e incerto ao fato acontecido.

Ainda sob a influência de Fragoso, Fonteles (2002, p. 497) afirma que não há como autorizar persecução penal sobre fato juridicamente inexistente, uma vez que sendo as condições objetivas de punibilidade elementos constitutivos do crime. Assim para Fonteles (2002, p. 497), a constituição do crédito tributário jamais pode ser condição objetiva de punibilidade, mas questão prejudicial heterogênea, até porque a questão posta sobre a constituição ou não do crédito tributário, se não o afirma, obviamente impede a afirmação de que houve supressão ou redução, do tributo, daí que se constitui em questão prejudicial, atingindo a pretensão posta no juízo penal, heterogênea porque a decisão está em autoridade diversa do juiz da ação penal, abrindo campo à incidência do art. 93 do CPP⁶⁰, tudo dentro da organicidade do devido processo legal.

⁵⁹ Veja-se o que escreveu Fonteles (2002, p. 495-496): *Está em Giuseppe Bettiol, verbis: "Há porém casos determinados nos quais o legislador, embora considerando estruturalmente perfeito um crime, faz depender a punibilidade do fato delituoso da verificação de um ulterior evento, que Código e doutrina chamam de condições de punibilidade. Assim, por exemplo, o fato da embriaguez recebe punição (art. 688) quando o ébrio seja surpreendido em tal estado em lugar público ou aberto ao público(Direito penal, vol. I, p. 240)".* Adiante, e a partir das colocações de Vannini, prossegue o eminente processualista, verbis: *"Indiscutivelmente – afora a já afirmada inexistência de um crime antes que a condição se verifique – o critério apresentado atinge o escopo porquanto isola a condição de punibilidade dos elementos do fato, e enquanto o fato é o complexo dos elementos materiais reconduzíveis à ação humana, a condição de punibilidade deve encontrar-se fora de qualquer repercussão que a ação humana possa ter sob o aspecto da causalidade física ou do da psicológica."*

⁶⁰ Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2005d, p. 6) procurou no seu voto analisar as principais questões em debate, começando pelo art. 83 da Lei 9.430/96. Entendeu o relator que esse artigo não condicionou a legitimação do Ministério Público para a ação penal pública por crime contra a ordem tributária, porque os requisitos de procedibilidade não se presumem, mas reclamam expressa determinação legal, que não contém naquele preceito.

Disse mais nesse aspecto que, mesmo se possível essa interpretação, seria absurda, porque as hipóteses até hoje previstas para a implementação ou não da condição de procedibilidade é sempre um ato de vontade, porém, no caso da representação fiscal, seria uma agressão ao sistema igualá-la a uma condição para o exercício da ação penal. É que confiaria à burocracia fazendária – cuja ação a lei exige seja “plenamente vinculada” (CTN, art. 3º, 141 e 142) – mais que a discricionariedade, a arbitrariedade para decidir da persecução ou não dos crimes contra a ordem tributária.

Já em relação à necessidade de prévio exaurimento das vias administrativas para o exercício da ação penal, o ministro adotou posição contrária a de Fonteles. Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2005d, p. 6) começa a argumentação pelo entendimento de que os crimes definidos no art. 1º da Lei 8.137/90 são materiais ou de resultado, pois, para ele qualquer uma das condutas comissivas ou omissivas descritas nos diversos incisos se caracteriza o crime, mas não basta à sua consumação, para a qual é imprescindível que, de uma ou mais delas, resulte a supressão ou redução do tributo devido.

Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2005d, p. 6) reporta à divergência existente na doutrina a respeito da natureza jurídica do lançamento tributário, se declaratória,

constitutiva, preclusiva, processual ou procedimental, entre outras⁶¹. Para ele, o que importa e é relevante para a solução da controvérsia é que há um ponto de convergência entre os doutrinadores declarativistas e constitutivistas – é que a decisão final do procedimento administrativo desempenha função de acertamento da existência e do conteúdo da obrigação. A partir de uma citação de Xavier (2005, p. 297), declara que o lançamento é uma forma de remoção ou eliminação da incerteza objetiva que impende sobre a obrigação tributária.

Para Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2005d, p. 6), resolvida que estivesse a necessidade de se aguardar a decisão administrativa final, poderia parecer necessário o esclarecimento se o acertamento do crédito tributário, na estrutura do crime, constituiria elemento essencial do tipo ou condição objetiva de punibilidade e, em qualquer hipótese, se a pendência de processo administrativo ou judicial sobre a matéria configuraria, ou não, questão prejudicial obrigatória. Conforme o ministro a pendência não diz de tal necessidade.

Segundo Borges (1999, p. 451), antes do lançamento não há débito, obrigação individualizada e concreta, mas tão-somente uma relação entre o dever jurídico do sujeito passivo (contribuinte ou responsável) e o dever do fisco, que se define como um poder-dever, de realizar o lançamento. Da necessidade de acertamento ou concretização da existência e extensão dessa relação é que faz

⁶¹ Xavier (2005, p. 297) diz que o problema da eficácia do lançamento está vinculado aos problemas da dinâmica do fenômeno tributário e da estrutura e conteúdo da obrigação tributária. Quem aceita o lançamento com a natureza jurídica de constitutivo da obrigação tributária, tem de explicar em termos diversos dos da relação jurídica de crédito as situações jurídicas antecedentes à sua emanção. Por outro lado, quem defenda que o lançamento tem uma eficácia declarativa, é levado a integrar as situações subjetivas antecedentes à sua prática, ao menos as de direito material, no âmbito da obrigação tributária, imediatamente criada pela verificação do fato tributável previsto pela lei. Depois, Xavier (2005, p. 302) registra que mesmo a partir de uma tomada de posição tendo a lei como parâmetro a situação não é fácil. O art. 113 do Código Tributário Nacional, ao estabelecer, no seu art. 1º, que a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador parece apontar em termos categóricos para a tese da eficácia declarativa do lançamento. Porém o artigo 142 do mesmo CTN sinaliza em sentido oposto, quando estabelece competir privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento.

surgir a distinção feita pelo Código Tributário entre a obrigação tributária, prevista no art. 113, § 1º, e o crédito tributário, previsto no art. 142.

Outro ponto de consenso entre os tributaristas é o efeito preclusivo do lançamento no âmbito administrativo, para realizar seu objetivo de acerto definitivo da existência, individualização e quantificação do crédito tributário. Esse efeito preclusivo impede que a administração proceda à sua revisão em desfavor do contribuinte, com exceção das hipóteses legais expressamente previstas nos arts. 145, III e 149 do CTN.

Sendo a decisão administrativa definitiva no âmbito da Administração, não é mais possível sua alteração ou contra ou a favor do contribuinte, de sorte que o lançamento faz coisa julgada administrativa tanto no que se relaciona ao conteúdo do lançamento quanto em relação à inexistência da relação tributária.

Para os declarativistas, se é contra o contribuinte, confirmando a evasão fiscal, com a retroatividade do lançamento, estaria caracterizado o crime, com a ocorrência do elemento essencial do tipo, porém se a seu favor, no dizer de Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2005d, p. 6), ilide o juízo positivo de tipicidade, quando se cogita de crime de dano, dada a eficácia preclusiva da decisão administrativa favorável ao contribuinte. É que no âmbito administrativo, está afirmado que não suprimiu nem reduziu tributo devido, não se podendo imputar ou condenar alguém por crime que tem, na supressão ou redução do mesmo tributo, elemento essencial do tipo.

Diz Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2005d, p. 6) que, mesmo não se admitindo a decisão final administrativa como elemento do tipo, não é possível aceitar-se o argumento de que antes dela se possa instaurar o processo por crime de dano contra a ordem tributária. Se a Administração é a única com atribuição para constituir

o crédito tributário e se o crime definido no art. 1º da Lei 8.137/90 pressupõe a existência de tributo suprimido ou reduzido, não se pode afirmar, mesmo para a denúncia, a ocorrência desse pressuposto, enquanto a respeito não opere, pelo menos, o efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo.

Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2005d, p. 6) então afirma que, se não a tipicidade, a punibilidade da conduta do agente, mesmo típica, estará subordinada à decisão de autoridade diversa do juiz da ação penal. Por essa razão, defende que, para fugir de polêmica desnecessária, qual seja a de inserir a decisão definitiva do processo administrativo de lançamento entre os elementos do tipo do crime contra a ordem tributária, desloca a questão da esfera da tipicidade para a das condições objetivas da punibilidade.

Diz ele que a solução para o impasse é semelhante à adotada nos crimes falimentares. Embora o crime falimentar tenha ocorrido em data anterior, a ação penal somente poderá ser proposta após a sentença de falência proferida pelo juiz cível, o mesmo se dando nos delitos contra a ordem tributária, na qual a punibilidade do agente se subordina à superveniência da decisão definitiva do processo administrativo de revisão do lançamento, instaurado de ofício ou impugnação do contribuinte ou responsável tributário.

Apesar de semelhante a solução, a diferença está em que nos crimes falimentares a questão se confia a uma autoridade do Poder Judiciário – o juiz de falência, enquanto que nos delitos contra a ordem tributária a propositura da ação penal se subordina a uma decisão do Poder Executivo. Um outro argumento ainda foi utilizado para a concessão do HC 81.611/DF (BRASIL, 2005d, p. 6): a possibilidade da extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária

mediante o pagamento do tributo devido, porém essa problemática será discutida, a seguir em tópico à parte.

Uma questão, contudo, avultou na Suprema Corte brasileira durante a discussão do Habeas Corpus referido. É que o processo administrativo poderia demorar demasiadamente e o fato sofrer a prescrição, sendo encontrada a solução pela aplicação analógica do art. 116, I, do Código Penal⁶², de modo que enquanto a definitividade do tributo estiver obstada por iniciativa ou recursos administrativos do contribuinte, a prescrição ficará suspensa.

2.6 A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO

A avidez arrecadatória do Estado fez quebrar o princípio universal do arrependimento posterior como causa obrigatória de diminuição da pena, transformando-a em causa extintiva da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e 168-A e 337-A do Código Penal.

Tal atitude corrobora a tese de que o principal objetivo da tipificação das condutas na legislação citada é compelir o contribuinte ao pagamento dos tributos, sob ameaça de prisão com o fim de arrecadar. Assim, com pequenos interregnos, desde 1965 o pagamento do tributo é causa de extinção da punibilidade nos ditos crimes tributários.

A primeira lei a tratar da extinção da punibilidade pelo pagamento foi também a que primeiro cuidou sistematicamente dos chamados crimes de sonegação fiscal,

⁶² Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

no caso a Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, que previa no art. 2º que o recolhimento do tributo devido, antes do início, na esfera administrativa, da ação fiscal própria, extinguiu a punibilidade. Tal dispositivo era interpretado de forma que o recolhimento do tributo, para efeito de extinção de punibilidade, se assemelhava à denúncia espontânea, ou seja, a atitude do contribuinte que, sabendo-se devedor do fisco, a ele compareceu espontaneamente para recolher o tributo que entendia devido. A interpretação assim se dava porque, no âmbito administrativo, a denúncia espontânea, excluía todas as penalidades.

Após o início da ação fiscal, o contribuinte que recolhesse o tributo não mais gozava do benefício da lei, tanto na área penal quanto na administrativa. No âmbito criminal, o recolhimento realizado após o início da ação fiscal se tornava somente causa de diminuição da pena, de acordo com o art. 16 do Código Penal e, na esfera administrativa, não isentava as penalidades, como por exemplo a multa.

Em 10 de fevereiro de 1967 foi editado o Decreto-lei n. 157, ampliando a incidência do pagamento como causa de extinção da punibilidade, desvinculando-o da denúncia espontânea. Em 1981, a Lei n. 6.910, de 27 de maio, retirou o crime de contrabando do rol daqueles que tinham extinta a punibilidade mediante o pagamento do tributo, restrição muito bem aceita porque o tipo penal de contrabando não implica supressão ou redução de tributo, mas importação ou exportação de mercadoria proibida.

Com a edição da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que definiu os crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, ficou estabelecido no art. 14 que se extinguiu a punibilidade dos delitos previstos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Ao disciplinar o imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas, a Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, expressamente revogou o art. 2º da Lei 4.729/65 e o art. 14 da Lei 8.137/90, acabando com a extinção da punibilidade mediante o pagamento de tributo. Na vigência dessa lei, o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia era, unicamente, causa genérica de diminuição da pena, prevista no art. 16 do Código Penal.

Após esse interregno de ausência de possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, em 1995, por meio do art. 34 da Lei 9.249, de 26 de dezembro, era restabelecida a hipótese, se o pagamento do tributo devido se desse até o recebimento da denúncia.

A grande novidade a respeito do tema foi a disciplina legal do REFIS, por meio da Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, que no art. 9º estabeleceu que durante o período em que a pessoa jurídica vinculada ao autor dos fatos descritos nos art. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e arts. 168-A e 337-A do Código Penal estiver incluída no regime de parcelamento estará suspensa a punibilidade, não correndo, nesse período, o prazo prescricional. Determinou mais que o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, a qualquer momento, extingue a punibilidade.

Antes da vigência dessa lei, o REFIS era disciplinado pela Lei 9.964/2000, menos abrangente, a qual previa no art. 15 a suspensão da pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos nos arts 1º e 2º da Lei n. 8.137/90, não incluídos os arts. 168-A e 337-A do Código Penal, no período em que a pessoa jurídica relacionada com os agentes dos crimes estivesse incluída no REFIS, desde que a inclusão fosse anterior ao recebimento da denúncia, ficando igualmente suspenso o prazo prescricional.

Sepúlveda Pertence (Brasil, 2005d, p. 6) utilizou este argumento para deferir o HC 81.611/DF (BRASIL, 2005d, p. 6), pois, para ele, a lei estabeleceu a possibilidade, de, por um ato do sujeito ativo da infração penal, satisfação do tributo correspondente e a conseqüente extinção da punibilidade do crime contra a ordem tributária, pressupondo a exigibilidade e a liquidez do crédito tributário correspondente, porém só a decisão definitiva do procedimento administrativo do lançamento faz líquido o crédito tributário e, em conseqüência, permite ao devedor liberar-se dele pelo pagamento.

Se o lançamento constitui-se em título abstrato da obrigação tributária, sem ele nem a Fazenda pode cobrá-lo nem o devedor cumpri-lo. Assim, a ameaça de prisão mediante o exercício da ação penal antes da conclusão do procedimento administrativo do lançamento, não lhe deixaria outro caminho senão efetuar o pagamento do que a Fazenda cobra, renunciando ao direito de impugnação assegurado pela lei e pela Constituição.

Nas palavras de Sepúlveda Pertence (Brasil, 2005d, p. 6), isso representaria o abuso do poder de instauração do processo penal com o objetivo de forçar o cidadão a capitular incondicionalmente aos termos da exigência do Fisco, renunciando não só à faculdade assegurada pela lei complementar de impugnar o lançamento mediante o procedimento administrativo nela previsto, mas principalmente de abrir mão de eminentes garantias constitucionais, consagradas no princípio do devido processo legal.

Agora, uma pergunta se impõe. Pode haver extinção de punibilidade pela quitação do débito tributário por outras razões que não o pagamento do tributo? É que o art. 156 do CTN estabelece que causam a extinção do crédito tributário, além do pagamento, a compensação, a transação, a remissão, a decadência, a

prescrição, a conversão do depósito em renda, o pagamento antecipado e a homologação do lançamento, a consignação em pagamento, a decisão administrativa irreformável, a decisão judicial passada em julgado, a dação em pagamento de bens imóveis, e outras causas de extinção do crédito tributário previstas em lei.

O melhor entendimento é o que admite que, excluídas as causas de extinção do crédito tributário apenas como entidade formal, sem extinção da relação obrigacional tributária, elas devem ser consideradas como sinônimo de pagamento. Para Machado (2007, p. 5), é razoável afirmar-se que as causas de extinção do crédito tributário, com extinção da relação obrigacional tributária, são causas de extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, uma vez que, por interpretação extensiva da norma penal, a palavra pagamento pode ter o sentido de extinção do crédito tributário, de sorte que, extinto o crédito está extinta, também, a punibilidade do crime contra a ordem tributária.

Ainda que não se admita a interpretação extensiva, deverá, porém, aceitar-se a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária por integração analógica, como decorrência da extinção do crédito tributário por qualquer das causas legalmente admitidas.

CAPÍTULO 3 - A CULPABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

3.1 A CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CONCEITO DE CRIME

Demonstrado que os crimes contra a ordem tributária devem seguir os mesmos princípios de Direito Penal aplicáveis aos demais crimes, como é o caso da responsabilidade subjetiva, ganha importância o estudo da culpabilidade e a sua aplicação a esses crimes.

Iniciando a discussão, vê-se que não é pacífica a inclusão da culpabilidade no conceito analítico ou dogmático de crime. Enquanto, para uns, o delito seria uma ação típica, ilícita e culpável, para outros não passa de um fato típico e ilícito, ficando a culpabilidade apenas como pressuposto da pena. Como se demonstrará, a primeira opinião é a mais correta, pois a culpabilidade é, hodiernamente, o mais importante elemento do crime.

Abrindo a polêmica no Brasil⁶³, Dotti (2005, p. 335) defende que a persistência em fazer da culpabilidade um elemento do crime revela o efeito de antiga compreensão que procurava separar antijuridicidade e culpabilidade mediante o critério objetivo-subjetivo. Dotti afirma apoiar-se em afirmação de Welzel (1997, p. 89) de que ao injusto deveriam pertencer exclusivamente os caracteres externos da ação, enquanto os elementos anímicos constituiriam a culpabilidade, sendo o

⁶³ Não só no Brasil há autores que defendem a culpabilidade como mero pressuposto da pena. Na Espanha, Luzón Peña (1996, p. 242) postula que a culpabilidade não se inclui no conceito legal de crime, pois o Código Penal Espanhol de 1995 definiu que “são delitos ou faltas as ações dolosas ou culposas punidas pela lei”. Para ele, o conceito legal de crime não exige a culpabilidade, a não ser que se interprete que “punidas pela lei” seja também a ação em concreto punível considerando as condições do sujeito, o que não parece muito plausível. Diz, ainda, que o Código quer destacar desde o princípio a exigência da responsabilidade subjetiva, mas o dolo e a imprudência são diversos graus de desvalor da ação – que dão lugar a diversas formas de tipos de injusto desde o ponto de vista subjetivo e não pertencem à culpabilidade.

fundamento doutrinário dessa concepção uma decorrência do conceito de ação causal, que separava a ação do conteúdo da vontade.

Dotti (2005, p. 335-336) diz ter havido um fundamento de natureza política para incluir a culpabilidade no conceito analítico de crime, que seria a salvaguarda da liberdade individual contra os atentados oriundos da responsabilidade objetiva. Dessa forma, a partir do momento em que a concepção do crime não prescindisse de um elemento interno, haveria maior garantia contra o arbítrio, principalmente quando o princípio da reserva legal ainda não funcionava amplamente como critério limitador do poder estatal à punição.

Para ele, atualmente, não se pode mais considerar o delito em função dos segmentos propostos pelas teorias da causalidade material e moral, que entendiam a ação, a tipicidade e a antijuridicidade como manifestações da relação física e a culpabilidade a expressão da relação psíquica.

Essa idéia pretende que a presença da culpabilidade no conceito analítico de crime somente se justificaria se o dolo e a culpa fossem seus elementos constituintes, pois a presença deles impediria a aplicação da responsabilidade penal objetiva. Mas, se o Código Penal brasileiro adotou o finalismo, e essa teoria considera que o dolo e a culpa estão na ação e não na culpabilidade, os seguidores de Dotti dizem que não haverá mais a possibilidade de alguém ser punido objetivamente, retirando o fundamento para que a culpabilidade continue a ser elemento do conceito de crime.

Ao adotar tal posição, Jesus (2002, p. 456-457) afirma, categoricamente, que a culpabilidade não integra o conceito de crime, sendo mero pressuposto da pena. De acordo com seu entendimento, acompanhado por Mirabete (1994, p. 99), o Código Penal pátrio, ao preferir a teoria finalista da ação, formulada por Welzel

(1997), excluiu a culpabilidade do conceito de crime justamente porque retirou daquele os elementos psicológicos – dolo e culpa, deixando apenas os ditos normativos, no caso a imputabilidade, a consciência potencial da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Jesus (2002, p. 455) diz que nosso Código Penal ao disciplinar as causas de exclusão da ilicitude, determina que “não há crime” (art. 23), ao passo que, ao tratar das causas de exclusão da culpabilidade, considera que o agente é isento de pena (arts. 26, caput, e 28, § 1º)⁶⁴. Ele defende que, para a lei brasileira, é suficiente que o sujeito haja praticado um fato típico e antijurídico, uma vez que a existência do crime prescinde da culpabilidade, bastando-se os requisitos do fato típico e ilícito. No entanto, o crime só será ligado ao agente se este for culpável.

Segundo ele, por essa razão o Código Penal, no art. 23, emprega a expressão “não há crime”, enquanto no art. 26, caput, e 28, § 1º, utiliza “é isento de pena”, com o significado de “não é culpável”, subentendendo-se que o Código considera o crime mesmo se não existe a culpabilidade em face do erro de proibição (art. 21, caput, 2ª parte). Na mesma linha, Capez (2005, p. 287) diz que a culpabilidade não se trata de elemento do crime, mas pressuposto para imposição de pena, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se concebe possa, ao mesmo tempo, estar dentro do crime, como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente⁶⁵.

⁶⁴ Para Jesus (2002, p. 455), quando o Código Penal trata da antijuridicidade, utiliza expressões como “não há crime” (art. 23, caput), “não constituem injúria ou difamação punível” (art. 142, caput), “não constitui crime” (art. 150, § 3º). Quando, porém, diz de causa excludente da culpabilidade, emprega expressões diferentes: “é isento de pena” (arts. 26, caput, e 28, § 1º), “só é punível o autor da coação ou da ordem”.

⁶⁵ O pensamento de Capez (2005, p. 288) é o de que há etapas sucessivas de raciocínio, sendo que, ao se chegar à culpabilidade, já se constatou ter ocorrido um crime. Para ele, verifica-se, em primeiro lugar se o fato é típico ou não; em seguida, em caso afirmativo, a sua ilicitude; só a partir de então, constatada a prática de um delito (fato típico e ilícito), é que se passa ao exame da possibilidade de responsabilização do autor.

A não inclusão da culpabilidade no conceito analítico de crime encontrou muita objeção. Noronha (1991, p. 100) repudiou essa tese por não adotar integralmente a teoria finalista da ação, uma vez que, para ele, a culpabilidade é psicológico-normativa, ou seja, não a integram apenas os elementos ditos normativos afirmados pela teoria finalista, mas também os psicológicos, no caso o dolo e a culpa. No seu entender, falar de culpabilidade, prescindindo do dolo e da culpa, é olvidar de toda a realidade, pois, o conteúdo da vontade culpável é muito importante para ser relegado. Noronha não enfrentou a posição de Dotti e Jesus, preferindo adotar a posição de Frank (2002) que incluía o dolo e a culpa na culpabilidade.

Toledo (1991, p. 86) não aceitou a tese da não inclusão da culpabilidade como integrante do crime, para ele, o seu terceiro elemento. Não há crime sem culpabilidade, devendo-se entendê-la como a exigência de um juízo de reprovação jurídica apoiado na concepção de que ao homem é dada a possibilidade de agir de outro modo, em certas circunstâncias. A noção de culpabilidade estaria assim vinculada à de inevitabilidade da conduta ilícita, pois só se pode emitir um juízo de reprovação ao agente que não evitou o fato incriminado quando lhe era possível fazê-lo.

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime, assim inicia Bitencourt (2003, p. 278) a sua defesa de inclusão da culpabilidade como elemento do delito. Para ele, na medida em que a sanção penal é consequência jurídica do crime, este, com todos os seus elementos, é pressuposto daquela, de forma que não somente a culpabilidade, mas igualmente a tipicidade e a antijuridicidade, são pressupostos da pena.

A posição de Bitencourt (2003) é refutada por Dotti (2005, p. 337), para quem o crime, visto como ação tipicamente ilícita, é um fenômeno distinto e separável da pena, cuja imposição depende dos pressupostos da imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Dotti (2005, p. 338) diz ser obrigatório reconhecer que o crime, entendido como a ação típica e ilícita é uma causa, enquanto o juízo de culpabilidade (reprovação) é efeito. Crime e culpabilidade seriam fenômenos associados, porém distintos e separáveis conforme as circunstâncias, tendo sido a culpabilidade incluída no conceito de delito porque, no início do Direito Penal vigorava a responsabilidade puramente objetiva.

Ao dizer que a reprovação recai sobre o autor de um fato típico e antijurídico afirma-se, segundo Brandão (2002, p. 132), que a culpabilidade é juízo derivado. Inicialmente, requer-se a existência de uma ação típica e antijurídica, para depois haver o juízo de culpabilidade, de sorte que se não há um fato não é possível um juízo de valor ao autor do fato. Diz, ainda, que para a culpabilidade se aperfeiçoar é necessária a opção livre do sujeito de se comportar em contrário ao Direito, tanto que se o autor não podia, nas circunstâncias, se comportar conforme o Direito, sobre ele não pode recair juízo de reprovação.

Para Nahum (2001, p. 64-65), a culpabilidade é o liame necessário entre o tipo de injusto individualizado na sua reprovação e a pena, sendo impossível imaginar que a longa evolução do conceito de culpabilidade, por meio da qual se conseguiu inferir na dogmática do crime uma concepção mais humanística do Direito Penal, seja agora ignorada para a adoção de uma noção fática e objetiva. Para ele, é inimaginável que, num direito penal moderno e democrático, esteja ausente, na dogmática do crime, o princípio da culpabilidade.

Para justificar a não inclusão da culpabilidade no conceito analítico de crime, Dotti (2005, p. 338) cita a posição de dois penalistas estrangeiros: Bettiol (1971) e Roxin (1997). Porém, ao invés de reafirmar a opinião de Dotti, o que fazem esses autores é uma defesa intransigente da culpabilidade como elemento do crime.

Roxin (1997, p. 193-194) defende que na moderna dogmática do Direito Penal existe um acordo substancial de que toda conduta punível supõe uma ação típica, ilícita e culpável que cumpre outros eventuais pressupostos de punibilidade. Assim, toda conduta punível apresenta quatro elementos comuns – ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, aos quais pode aderir ainda, em alguns casos, um posterior pressuposto de punibilidade.

Segundo Bettiol (1971, p. 1), para que um fato constitua crime não basta que o autor o realize materialmente, como lesivo do bem jurídico protegido, mas é necessário que o faça também culpavelmente. É que para ele, não há crime sem culpabilidade, que é um dos seus elementos que, mais que qualquer outro, exprime o embasamento humano e moral sobre o qual se construiu a noção de delito.

Parece que houve um equívoco dos autores que defendem a não inclusão da culpabilidade no conceito analítico de crime, pois a premissa de que a teoria finalista da ação, formulada por Welzel (1997), teria transformado a culpabilidade em mero pressuposto da pena não é verdadeira, conforme se pode inferir da posição de Welzel (1997, p. 57). Para ele, uma ação tem que infringir de um modo determinado a ordem da comunidade e tem que ser típica e antijurídica e suscetível de reprovação ao autor que como pessoa responsável, necessita ser culpável.

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade precisa estar apoiada nos tipos legais. A

tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

A idéia de excluir a culpabilidade do conceito de crime está completamente desconstruída do Direito Penal de liberdade que se vive atualmente, pois, em verdade, não há Direito penal sem culpabilidade, quanto mais crime. A culpabilidade possui categoria constitucional, entendida como um princípio regulador material da atuação estatal, sendo uma medida do direito de punir do Estado ou uma justificação interna para a aplicação da pena⁶⁶.

Brandão (2002, p. 132) critica os que defendem a exclusão da culpabilidade do conceito analítico de crime, e vai mais longe ao afirmar que é ela seu elemento mais importante, porque o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado, ou objetiva, para aceitar unicamente a pessoal. Quando se adotava a responsabilidade objetiva, não se fazia nenhuma averiguação dos motivos que levaram o agente a cometer o delito, mas somente interessava o resultado de dano.

Não se deve esquecer também a natureza de reprovação da culpabilidade, que se trata de conceito referido à aplicação do Direito e descreve o pressuposto de fato para a medição judicial da pena. Por esse caráter, faz-se a verificação se o crime doloso possui maior culpabilidade que o culposo e se tem importância para a culpabilidade o desvalor da ação e o resultado.

A culpabilidade é ainda o conjunto de elementos que justificam ou impedem a aplicação da pena ao autor considerado individualmente. Trata-se dos elementos individuais da culpabilidade no sistema jurídico penal e, por meio dela, se verifica a imputabilidade do sujeito (autor do fato), a possibilidade do conhecimento do injusto e a (in) exigibilidade de conduta diversa.

⁶⁶ Nesse sentido, ver PARDOS (2002, p. 401-413).

3.1.1 O princípio de culpabilidade

O princípio de culpabilidade deve ser entendido como um instrumento de limitação da pena, com fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana⁶⁷. Ele exclui a legitimidade de toda pena que não tenha por premissa a culpabilidade do autor e que exceda a sua equivalente gravidade, pelo que garante o respeito à dignidade da pessoa⁶⁸, como expressamente diz o art. 1º, III, da Constituição Federal⁶⁹.

O princípio da dignidade da pessoa humana justificaria a utilização da tópica na análise da culpabilidade. Brandão (2005, p. 218) defende que a finalidade da legalidade foi a garantia da liberdade do ser humano em face do poder de punir do

⁶⁷ Ver a esse respeito a opinião de Bacigalupo, E. (2005, p. 148).

⁶⁸ O STF tem adotado em seus julgamentos o princípio da dignidade da pessoa humana, em especial no âmbito processual penal, como se vê da seguinte ementa do acórdão do HC 86000 / PE – PERNAMBUCO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 02-02-2007 PP-00159 EMENT VOL-02262-04 PP-00710 Parte(s) PACTE.(S) : ETÉRIO RAMOS GALVÃO IMPTE.(S): ARNALDO MALHEIROS FILHO E OUTRO(A/S) COATOR(A/S)(ES) : STJ. EMENTA: Habeas Corpus. 1. Denúncia recebida pela Corte Especial do STJ em relação a 13 (treze) crimes: tentativa de aborto sem o consentimento da gestante (CP, arts. 125, c/c 14, II); aborto provocado sem o consentimento da gestante (CP, art. 125); roubo (CP, art. 157); coação no curso de processo (CP, art. 344); seqüestro, cárcere privado e subtração de incapaz (CP, arts. 148, § 1º, III e § 2º e 249, § 1º); falsidade ideológica (CP, art. 299, parágrafo único); falsidade de atestado médico (CP, art. 302); uso de documento falso (CP, art. 304); denúncia caluniosa (CP, art. 339); falso testemunho (CP, art. 342); e corrupção ativa (CP, art. 343). 2. Com relação ao crime de roubo (CP, art. 157), a ação penal foi parcialmente trancada pela 2ª Turma desta Corte, no julgamento do HC nº 84.768-PE, Relatora originária Ministra Ellen Gracie, do qual fui redator para o acórdão, DJ 27.05.2005. 3. Neste habeas corpus, a inicial alega inépcia da denúncia especificamente em relação a 6 (seis) dos delitos imputados, a saber: falsidade ideológica (CP, art. 299, parágrafo único); falsidade de atestado médico (CP, art. 302); uso de documento falso (CP, art. 304); denúncia caluniosa (CP, art. 339); falso testemunho (CP, art. 342); e corrupção ativa (CP, art. 343). 4. A peça acusatória não observou os requisitos que poderiam oferecer substrato a uma persecução criminal minimamente aceitável quanto aos delitos especificamente impugnados na inicial. 5. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. 6. Concessão da ordem para que seja trancada a ação penal instaurada perante o STJ tão-somente com relação aos crimes capitulados nos arts. 299, parágrafo único, 302, 304, 339, 342, e 343, em face da manifesta inépcia da denúncia quanto a esses delitos. (BRASIL, 2007b, p.159)

⁶⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III - a dignidade da pessoa humana;

Estado, sendo a tópica perfeitamente compatível com a legalidade, pois, por meio dela se valoriza o homem a partir da compreensão do caso, que traduz a sua história real, única e irrepetível.

A utilização da tópica como método para os julgamentos é ainda defendida por Brandão (2005, p. 217) para justificar o emprego das causas supralegais de exclusão da culpabilidade, como a inexigibilidade de conduta diversa. Diz ele, acertadamente, que a utilização do método do silogismo, onde a lei era a premissa maior, o caso a premissa menor e a conclusão do processo a adequação do caso à lei, impediria, por exemplo, decisões como a do Tribunal de Justiça de São Paulo, que não considerou a manutenção de motéis como crime de casa de prostituição.

Para Bacigalupo, E. (2005, p. 150), o princípio da culpabilidade possui dupla função no sistema da responsabilidade penal: a primeira indaga se seria devida a aplicação da pena, e a segunda refere-se à quantidade da pena a ser aplicada. O autor do fato somente será punido se agiu com culpabilidade e, assim, a gravidade da sua pena será equivalente à sua culpabilidade.

Pela primeira premissa – se é devida a aplicação da pena - é possível deduzir que pelo princípio da culpabilidade é inadmissível a responsabilidade pelo mero resultado, necessitando-se do dolo ou da culpa, conforme o art. 18 do Código Penal, somente podendo ser responsável quem tenha as condições psíquicas de atuar conforme o Direito.

A segunda premissa – a culpabilidade como limitadora da quantidade da pena – interfere diretamente na sua individualização. Para Roxin (1997, p. 100), o princípio de culpabilidade é o instrumento mais liberal e psicológico-social mais propício para a restrição da coerção estatal que até hoje se encontrou, posto que o

grau ou a quantidade da culpabilidade se determina por fatores internos à pessoa do autor e pela dimensão dos danos causados.

A Constituição Brasileira expressamente previu a individualização da pena como garantia fundamental no artigo 5º, inciso XLVI⁷⁰. Mir Puig (1998, p. 97) também se refere ao princípio da culpabilidade como fundado na dignidade da pessoa humana, uma vez que, por tal princípio, a exigência de igualdade real dos cidadãos serve de base à proibição de castigar a um sujeito que não alcança o nível de motivação normal estabelecida na lei.

O STF ao aplicar tal dispositivo, declarou inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90⁷¹. O caso referia-se à possibilidade de progressão da pena nos crimes hediondos, os quais, por força da citada lei, não comportavam a possibilidade de que o Juiz, analisando a culpabilidade do agente, determinasse o regime inicial de cumprimento da pena, posto que o dispositivo legal o ditava como integralmente fechado⁷². O Supremo utilizou também, para conceder a ordem, o fundamento de igualdade de condições entre os cidadãos, sob o argumento de que não poderia haver dois tipos de acusados, uns pelo Código Penal, outros pela Lei 8.072/90⁷³.

⁷⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

⁷¹ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

⁷² Posteriormente, em 28 de março de 2007, a Lei 8.072/90 foi alterada pela Lei 11.464/07, com o seguinte teor: Art. 1º O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 2º § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

⁷³ HC 82959 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 23/02/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 Parte(s) PACTE.(S): OSEAS DE CAMPOS IMPTE.(S) : OSEAS DE CAMPOS ADV.(A/S) : ROBERTO DELMANTO JUNIOR E OUTRO(A/S) COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ementa PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou

Hassemer (1999, p. 99-100) defende arduamente o princípio da culpabilidade. Para ele, é errôneo considerá-la mero pressuposto da pena, haja vista que, na verdade, serve para 1) possibilitar a imputação subjetiva, 2) excluir a responsabilidade pelo resultado, 3) diferenciar graus de participação na prática dos delitos e 4) fornecer a proporcionalidade das conseqüências jurídicas.

Não se pode, porém, confundir o princípio de culpabilidade com o da proporcionalidade. Este, também de base constitucional, refere-se ao princípio de ponderação de bens no sentido de uma proibição de excesso na pena a ser aplicada em relação ao bem juridicamente protegido⁷⁴. Pelo princípio da culpabilidade o autor de um fato imputado como crime não será punido com o objetivo de prevenção, relegando a sua dignidade como pessoa humana.

Nas questões que a envolvem, há quem defenda a distinção do princípio da culpabilidade com o da responsabilidade subjetiva. Aguado (2003, p. 55) diz que a diferença entre o princípio da responsabilidade subjetiva e o da culpabilidade estaria em que, para aquele, a culpabilidade não seria o fundamento e limite da pena – ainda que se entenda que ela deva guardar proporção com a gravidade da responsabilidade detectada na culpabilidade, segundo o princípio de proporcionalidade da pena em sua faceta limitadora da atividade judicial.

Tal posição parece não ser adequada, porque a questão da responsabilidade subjetiva não se encontra no âmago da discussão da culpabilidade. O dolo e a culpa

menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº. 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90. (BRASIL, 2006a, p. 510)

⁷⁴ Batista e Zaffaroni (2003, p. 231) dizem que o princípio da proporcionalidade implica hierarquizar as lesões e estabelecer um grau de coerência mínima quanto à magnitude das penas vinculadas a cada conflito criminalizado, não sendo possível tolerar que as ofensas à propriedade recebam pena maior que aquelas causadas à vida.

– as formas pelas quais se cometem crimes, a teor do art. 18, do Código Penal – estão situados no plano da ação do sujeito e não no da culpabilidade. Adotar tal postura significa retornar a uma época na qual se debatia a intensidade do dolo, o que hoje não mais se faz em razão de ele ter perdido seu elemento normativo, a consciência potencial da ilicitude.

3.1.2 A culpabilidade e o princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade está vinculado no Direito Penal aos fins da pena. Freitas (2002, p. 101) diz que a proporcionalidade das penas está vinculada à luta de Beccaria contra o seu excessivo rigor, de sorte que a ideologia proporcionalística objetiva permitir que a pena desempenhe legitimamente uma função retributiva, ou seja, uma concepção da finalidade da pena distinta da de Beccaria, o qual encontrava na sanção penal uma finalidade preventiva geral negativa.

Freitas (2002, p. 103) diz que a noção de proporcionalidade das penas ajusta-se ao utilitarismo e ao humanismo, com sua suavização correspondendo exatamente à possibilidade de sua gradação em conformidade com o crime. Se as penas no Direito Penal pré-liberal são consideradas excessivas em proporção ao delito, seja qual fosse a sua gravidade, a sua gradação em escala de importância trouxeram, como consequência, a suavização, com crimes leves punidos com penas brandas.

Para uns, como Liszt (1899), a finalidade da pena deve ser preventiva especial, no sentido de ressocializar o condenado e evitar o cometimento por ele de novos crimes, enquanto outros, como Feuerbach (1889), postulam a de prevenção geral, para influenciar a comunidade mediante ameaça de penas graves. Ora, da

teoria da prevenção geral surgiu, como subespécie, a da prevenção geral positiva, cuja formulação é de a pena ter a função de garantir o ordenamento jurídico.

A teoria da prevenção geral positiva se subdivide em *fundamentadora* e *limitadora*. A fundamentadora encontra grande partidário em Jakobs (1997, p. 26-29), para quem a pena não tem o poder de reparar o dano causado pelo crime, principalmente porque muitas infrações se completam antes do dano externo. Na verdade, os delitos ocorrem quando há uma contradição entre a conduta e a norma prevista abstratamente, sem necessidade da produção de um dano externo, além do que, em outros casos, a pena não pode evitar a lesão a bens jurídicos, pois a ela sucede.

Para o autor, impor a pena tem unicamente o poder de demonstrar que o agente, com seu comportamento, não está organizado de acordo com as prescrições legais, deixando de manter-se nos moldes traçados pelas normas de conduta. A missão da pena é a de reafirmar o reconhecimento da validade da norma, no qual está implícita a consciência de que foi infligida e que deve seguir como modelo idôneo de orientação, sendo, assim, sua função primordial da pena a de orientação dos cidadãos para o cumprimento das normas inseridas no contrato social⁷⁵.

A pena possui, também, função educativa, com participação na formação da consciência ética e valorativa da sociedade, por isso que a prevenção positiva dirige-se a todos os cidadãos e não somente aos delinquentes potenciais. Tal finalidade, contudo, na lição de Jakobs (1997, p. 28), não afasta o seu efeito secundário perante terceiros, que temem a sua imposição em caso de transgressão. Em outras palavras, não se afastam os efeitos da prevenção geral negativa, que atua pela

⁷⁵ Vide MARQUES (2000, p. 105).

intimidação.

Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 104) criticam a teoria da prevenção geral argumentando que o meio pelo qual se pretende alcançá-la é o exemplo e, seguindo a via exemplificativa, se chegará à repressão intimidatória e, por último, à vingança. Quando se elege o caminho da prevenção geral, o passo da repressão exemplar à vingança é muito sutil e muito difícil de identificar.

Em razão de críticas como essa, Marques, O. (2000, p. 106) diz que surgiu a teoria da prevenção geral positiva limitadora. Por ela se busca limitar a intervenção penal do Estado, sem afastar os efeitos já referidos da prevenção fundamentadora. Tal necessidade de limitação é defendida, entre outros, por Roxin, Mir Puig e Silva-Sánchez, cujas doutrinas encontram-se em consonância, não obstante as poucas distinções quanto aos critérios restritivos da intervenção estatal.

Para Roxin (1997, p. 99-103), o ponto de partida para a medida da pena é a culpabilidade do transgressor. O Estado não pode ampliar sua função preventiva no âmbito penal além dos limites da reprovação da conduta do infrator, sob pena de ofender a dignidade humana. De fato, o indivíduo não deve servir de meio para a prevenção geral, dirigida a terceiros, respondendo além de sua culpabilidade.

Além disso, no seu entender, a pena deve almejar fins socialmente construtivos, com utilização de medidas que propiciem o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Por isso, na realidade, não deve ela ultrapassar em duração a medida da culpabilidade, ainda que interesses de tratamento, seguridade ou intimidação revelem como desejável uma detenção mais prolongada. É que o princípio da culpabilidade tem uma função liberal absolutamente independente de toda retribuição.

Roxin (1997, p. 65) também postula um direito penal mínimo, de natureza

subsidiária, no qual somente se podem punir as lesões a bens jurídicos se for indispensável a uma vida comum ordenada. No seu entender, com meios do direito civil ou do direito público suficientes, não deve haver intervenção do Direito Penal, sendo a pena que define como uma proteção subsidiária de bens jurídicos, a última razão de política social.

Essa limitação do Direito Penal se depreende do princípio da proporcionalidade que, por sua vez, se pode deduzir do Estado de Direito. Tal proporcionalidade deve ser medida segundo a necessidade de proteção e defesa dos bens jurídicos fundamentais, e apenas admitidas penas que respeitem os limites da culpabilidade, de legalidade, humanidade e ressocialização, num Estado social e democrático de direito.

A proteção de bens jurídicos não se realiza somente mediante o Direito Penal, a última de todas as medidas protetoras da sociedade, porque apenas se aplica numa sociedade moderna, de Estado de Direito, quando todas as outras possibilidades falharem. Jakobs (1997, p. 61) diz que o princípio de subsidiariedade constitui uma variante do de culpabilidade, em virtude do qual não se permite a intervenção penal se o efeito pode ser alcançado mediante outras medidas menos drásticas. O princípio de culpabilidade somente regula quando os custos de uma medida alternativa afetam a uma pessoa responsável pelo conflito a resolver.

Para Mir Puig (1982, p. 40), no Estado social e democrático de Direito, a pena há de cumprir uma missão política de regulação ativa da vida social, que lhe assegure um funcionamento satisfatório, mediante a proteção dos bens jurídicos dos cidadãos, o que a supõe como prevenção dos fatos ofensivos a esses bens. Esse Direito Penal trará não só a eficácia da prevenção, mas também a limitação ao máximo dos seus custos, de forma que resulte menos gravosa.

Acredita, ainda Mir Puig (1982, p.40), numa versão limitada da ressocialização, dentro do chamado programa mínimo. Isto porque, em primeiro lugar, não se pode pretender ocultar o caráter aflitivo e negativo da pena para o condenado, já que o seu entender, não é ela imposta para o bem do delinqüente, mas para a necessidade de proteção social. Nessa ótica, a única coisa que justifica a ressocialização é a ajuda voluntária do condenado para sua ulterior reinserção social.

Por último, sustenta Mir Puig (1982, p. 40) que a intervenção penal só se justifica quando necessária para a proteção dos cidadãos. Hoje há uma tendência à utilização do Direito Penal como instrumento meramente sancionador, de apoio às normas não penais, civil, administrativa, mercantil etc, como acontece, v.g., com as normas tributárias de arrecadação de tributos. Uma sanção tão grave como a pena requer o pressuposto de uma infração igualmente grave, de modo que somente as proibições e mandamentos fundamentais para a vida social merecem adotar esse caráter.

Como se observa, são importantes as bases da teoria da prevenção geral positiva limitadora, amparada no Direito Penal garantista, que limita a intervenção penal tanto na necessidade de proteção aos bens jurídicos essenciais à vida coletiva, quanto nos princípios de humanidade, socialização e culpabilidade. Somente uma prevenção limitada poderá estender um efeito positivo de afirmação do Direito próprio de um Estado social e democrático de Direito e apenas assim se poderá conciliar as exigências antitéticas da retribuição, da prevenção geral e especial num conceito superior de prevenção geral positiva⁷⁶.

Não obstante a linha progressista dessa teoria, destina-se ela unicamente a

⁷⁶ Cf. MIR PUIG (1998, p. 65).

justificar a intervenção penal e a estabelecer-lhe os limites, com influência mais sentida no âmbito legislativo, tanto na escolha dos bens jurídicos a serem protegidos penalmente, quanto na imposição de limites ao arbítrio judicial. A pena, em sua realidade ontológica, não sofre alteração, mesmo levando-se em conta os limites estabelecidos pelo Direito Penal garantista, propostos pela prevenção geral positiva. Ao contrário, a adoção da prevenção geral como base da construção político-criminal devolve a realidade da pena como mal.

É, porém, pacífico que o princípio da proporcionalidade, norteador da sanção penal como uma proporção entre o mal cometido e a pena, não pode substituir a culpabilidade na individualização penalística dirigida a cada condenado. Roxin (1997, p. 102), defensor dessa tese, diz que a vinculação da pena ao princípio de culpabilidade tem como consequência a eliminação das objeções que partem do fato de que, mediante a persecução dos fins preventivos, se trata o particular como meio para o fim, prejudicando-o em sua dignidade como pessoa humana.

3.1.3 A culpabilidade e o livre-arbítrio

Uma questão discutida no âmbito da culpabilidade é a liberdade de decisão da pessoa ou livre-arbítrio. Para a maioria da doutrina (JESCHECK, WEIGEND, 2002; BACIGALUPO, E., 2005; WELZEL, 1997), o princípio de culpabilidade tem como pressuposto lógico a liberdade de decisão da pessoa ou seu livre-arbítrio, sob o argumento de que somente quem possui capacidade de determinação conforme as normas jurídicas pode ser responsável por um fato ilícito.

Freitas (2002, p. 132) esclarece que, na doutrina de Carrara, o crime tem na conduta revestida de vontade livre e consciente (força moral subjetivamente

considerada) o elemento psíquico da culpabilidade, baseada na noção de livre-arbítrio. Para Carrara (apud Freitas, 2002, p. 132), a existência de leis morais de origem divina faz surgir as seguintes alternativas: 1) ou o homem foi criado por Deus para a perfeição e nessa situação não existe a possibilidade dele se conduzir de forma imoral, logo jamais violará um preceito penal; 2) ou o homem foi criado como um ser imperfeito, porém racional, dotado de livre determinação, pelo que o livre-arbítrio lhe permite decidir se vai agir de forma meritória ou não.

Sob tal entendimento, o juízo de desvalor da culpabilidade imputado ao autor de um fato ilícito passa a ser reprovável por haver ele se decidido pela conduta criminosa quando poderia ter atuado de acordo com o Direito. Para a reprovação da conduta é necessário que o autor tenha tido no momento da ação a capacidade de evitar o aperfeiçoamento de sua vontade destinada à realização do fato⁷⁷. Para Freitas (2002, p. 133) a noção de livre-arbítrio, como pressuposto da culpabilidade, defendida pelos positivistas, influenciou a doutrina de tal modo que o problema da imputabilidade tornou-se um de seus mais freqüentes temas de estudo.

Jescheck e Weigend (2002, p. 440) afirmam que os processos mentais que servem de base à formação da vontade não seguem unicamente as regras da natureza tal e como o fazem a pressão arterial, a respiração ou a digestão, mas se regem pelas próprias leis. A possibilidade de determinar o comportamento descansa sobre a capacidade da pessoa para controlar suas inclinações e de dirigir sua decisão até a razão, os valores e as normas, sendo que, em relação aos demais seres vivos a pessoa se caracteriza porque seu comportamento pode obedecer a um sentido por ela mesma dado, enquanto os animais sempre permanecem encerrados no mecanismo de seu mundo instintivo.

⁷⁷ Cf. JESCHECK, WEIGEND (2002, p. 439).

Em posição diametralmente oposta, Jakobs (1997, p. 585) afirma que a determinação da culpabilidade deve bastar-se com os fundamentos motivadores da ação antijurídica, sob pena de se considerar que a norma não contém um comando universal ou geral. Dessa forma, pertence à inculpação – ou a renúncia a ela – uma plausibilidade psicológico-social de que existe uma disposição geral a aceitar a responsabilidade numa situação em que o autor se encontra.

Jakobs (1997, p. 585) critica a posição de amplos setores defensores do livre-arbítrio como pressuposto de toda a culpabilidade, ou, em uma versão mais moderada, o livre-arbítrio como pressuposto geral da culpabilidade, entendendo-se que não há necessidade de demonstração da sua existência no caso concreto. Para ele, a existência do livre-arbítrio para a caracterização da culpabilidade somente seria necessária se, além de se conseguir um efeito social, fosse necessária uma desvalorização do indivíduo.

O autor diz ainda que a culpabilidade se deve limitar ao asseguramento da ordem social, não importando se o sujeito tinha ou não uma alternativa de comportamento realizável, mas somente se existe, para a imputação, uma alternativa de organização preferível para todos em geral e não apenas para ela. É que o poder individual na culpabilidade é uma construção normativa e não uma opção abstrata do autor do fato.

Apesar de não declarar adesão à teoria do pressuposto do livre-arbítrio, Roxin (1997, p. 807) dela se aproxima muito ao defender a culpabilidade como atuação injusta, não obstante a existência de acessibilidade normativa. Com isso, quer dizer que se deve afirmar a culpabilidade de um sujeito quando ele estava disponível, no momento da ação para o comando da norma segundo seu estado mental e anímico,

e quando lhe eram psiquicamente acessíveis as possibilidades de decisão por uma conduta orientada conforme a norma.

Não se trata, segundo Roxin (1997, p. 807), de uma hipótese indemonstrável, mas de um fenômeno científico empírico, pois a psicologia e a psiquiatria desenvolvem cada vez em maior medida critérios de julgamento com os quais se constata empiricamente as restrições da capacidade de autocontrole e medição de sua gravidade. A teoria de Roxin leva, acertadamente, a um rompimento com a concepção tradicional do livre-arbítrio, desprezando uma visão absolutamente individualista da culpabilidade, de vez que, aquele homem de discernimento médio com poder para atuar de outro modo, de acordo com a norma, é substituído por aquele com capacidade para motivar-se em relação ao que era acessível a norma.

O livre-arbítrio se transforma no reconhecimento recíproco da liberdade como uma regra fundamental do jogo social (AGUADO, 2003). Com exclusão dos indivíduos anormais, as regras do jogo jurídico se baseiam na consideração de todos os homens como iguais, mas iguais não a uma pessoa em concreto ou a um deles, mas a um modelo de pessoa. Dessarte, pode-se afirmar que ao ordenamento jurídico-penal não importa, em sede de culpabilidade, se as pessoas são ou não livres ou se uma pessoa determinada o foi, mas se ela reúne os requisitos mínimos de entendimento, vontade e capacidade intelectual, próprios do modelo jurídico ideal do ser humano.

3.1.4 A culpabilidade do autor e a culpabilidade do fato

Apesar de opiniões em contrário (JAKOBS, 1997, p. 585), a teoria normativa da culpabilidade não abandonou o livre-arbítrio como fundamento da reprovação das

condutas realizadas, valorando a capacidade de autodeterminação da vontade e de agir de acordo com essa decisão, conforme ou contrário ao Direito como base para um juízo de reprovação. Mas esse livre-arbítrio não pode ser absoluto nem radical, como quis a doutrina positivista do século XIX.

Hoje, faz-se necessário um posicionamento intermediário, para que não se enverede pelos caminhos tortuosos da responsabilidade penal objetiva. Para isso se deve, a partir da responsabilidade subjetiva, delimitar o grau de censura pessoal da conduta, com força na capacidade individual de decisão do sujeito pelo justo ou pelo injusto, conforme a motivação.

A culpabilidade se baseia na capacidade de autodeterminação do agente, sendo reprovável uma opção do indivíduo por uma conduta contrária ao Direito, retribuindo-se essa opção com a limitação de sua intensidade pela culpabilidade. Dessarte, se a reprovação recai sobre a conduta, o caminho lógico é que a culpabilidade se baseie nos fatos e não na condução de vida do autor, uma vez que, como bem observa Bacigalupo, E. (2005, p. 379), não importa uma maior culpabilidade da conduta socialmente incorreta do autor antes do fato,⁷⁸ nem em princípio, a circunstância de uma condenação anterior, no caso da reincidência.

Há, porém, quem defenda uma culpabilidade baseada na reprovação da personalidade do sujeito, tendo como critério delimitador seu caráter e, indiretamente, sua conduta na vida. A culpabilidade do autor abre a possibilidade de um juízo sobre o seu comportamento social em geral, antes e depois do fato, de sorte que a realização da ação típica permitirá julgar a conduta do agente de forma total para explicar o fato delitivo como produto da personalidade.

⁷⁸ Pela teoria da culpabilidade pelo fato não importa se o sujeito é um desordeiro, um bêbado contumaz ou um vadio, mas apenas o fato típico e antijurídico.

Dias (1995) talvez tenha sido, em língua portuguesa, o expoente maior da culpabilidade pelo caráter. Ele defende que é possível ligar o poder de agir de outra maneira e a capacidade de motivação de acordo com a norma não imediatamente ao fato ou à motivação de onde este provém, mas ao caráter ou à personalidade que o fundamenta. Não pois diretamente ao que o delinqüente faz, mas àquilo que ele é e que, dentro de certos pressupostos, vem a revelar-se o fundamento de todo o fazer.

A base ética para uma tal consideração das coisas, do ponto de vista de uma culpa da vontade, reside conforme Dias (1995, p. 87-88), em que o caráter do homem se deve reconhecer inevitavelmente condicionado por constelações endógenas e exógenas estranhas à vontade e contra as quais ele nada pode, e que, ao menos em parte, é obra da sua vontade livre. É que aquilo que ele simplesmente é resulta do seu trabalho e dos seus esforços sobre si próprio e sobre as predisposições com que nasceu e sobre o meio que encontrou, pelo que Dias (1995, p. 88) conclui que se estabelece a possibilidade teórica de uma referência da culpa ao caráter do agente, como fundamento do fato praticado, ficando comprovada a sua legitimidade ética do ponto de vista do poder de agir de outra maneira⁷⁹.

Roxin (1997, p. 802) diz que a culpabilidade do autor parte, sobre uma base determinista, da idéia de que cada qual é responsável pelas características ou propriedades que lhe induziram ao fato. Diz ele que o seu mais importante predecessor foi Schopenhauer (apud Roxin, 1997, p. 132), segundo o qual todo sujeito sabe que uma ação totalmente diferente poderia ter sido feita se ele fosse

⁷⁹ Dias (1995, p. 88) afirma que sua posição está baseada em Aristóteles (III, 7, III4 a), de quem transcreve a seguinte passagem: “Que nos tenhamos tornado naquilo que nós somos é coisa de que nós mesmos somos culpados, na medida em que nos deixamos chegar a tal; que sejamos injustos e intemperantes é coisa que nós mesmos somos culpados, porque repetidamente cometemos injustiças ou porque passamos o tempo a embriagarmos-nos ou em atividades análogas. Pois as ações que exercemos numa certa direção fizeram de nós mesmos aquilo que somos”.

outro. Àquele, contudo, não era possível nenhuma outra ação, porque ele é este e não outro, porque aquele tem um caráter dessa forma.

A doutrina, porém, optou majoritariamente, pela culpabilidade do fato e não do autor. Na Alemanha, Jescheck e Weigend (2002, p. 453-454) diz que a reprovação da culpabilidade consiste na realização de um fato concreto ou na omissão de uma ação determinada imposta pelo ordenamento jurídico e não, pelo contrário, no modo de vida juridicamente reprovável. A isso se soma a consideração de natureza prática, expressa nas dificuldades de o processo penal atual esclarecer a trajetória de vida do acusado, com as suas freqüentes e profundas conexões anímicas. Deve-se levar em conta, também, que a investigação sobre a personalidade do acusado poderia gerar uma devassa na sua vida íntima.

Na América do Sul, Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 610) criticaram a chamada culpabilidade pela conduta de vida, pois o autor seria punido por condutas atípicas. Cita, como exemplo, o caso do sujeito de maus hábitos adquiridos por freqüentar tabernas e prostíbulos, uma conduta claramente atípica que quando se reprova sua conduta de vida, que desemboca num homicídio, reprova-se o comportamento anterior, o que equivale a reprovar uma conduta de vida.

Para Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 610), a culpabilidade pela conduta de vida é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva e estendê-la em função de uma *actio immoral in causa*, por meio do qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos do indivíduo.

3.2 AS TEORIAS DA CULPABILIDADE

3.2.1 A teoria psicológica da culpabilidade

É certo, conforme relata Mommsen (1999, p. 61), que os romanos entendiam que o fundamento ético da vontade antijurídica, sem a qual não haveria delito nem pena, se dava na forma de ofensa intencional à lei moral e à lei estatal ou na de descuido ou negligência culpável. Para Mommsen (1999, p. 61), esta vontade delituosa, que se aplicava a todo campo do Direito, inclusive o penal, era designada com a palavra “astúcia”, “dolus”, reforçada, na maioria dos casos, pelo adjetivo “mala”, “astúcia mala”, “dolus malus”, exercida com a consciência do injusto. Esse “dolus malus” era a representação de uma ação intencional acompanhada do adjetivo mau, revelando que os romanos já valoravam o dolo.

Alguns autores apontam a teoria psicológica, nascida no final do século XIX e início do XX, desenvolvida na Alemanha por Erik Wolf e na Itália por Giuseppe Maggiore, como a primeira a tentar explicar a culpabilidade. Contudo, de acordo com Jescheck e Weigend (2002, p. 450), há registros de que as raízes da teoria da culpabilidade se encontram no Direito Penal italiano do final da Idade Média, embora nessa época e do final do século XVIII ao início do XIX não houvesse uma preocupação com a culpabilidade do indivíduo: bastava que se confessasse o fato e a condenação estava garantida.

Freitas (2001, p. 45) relata que, no absolutismo, se o acusado confessasse o delito era automaticamente considerado culpado, “desde que não desmentisse posteriormente as suas declarações, caso em que era submetido novamente à tortura para confirmar ou não a retratação”. Naquela época, nem mesmo havia uma

teoria do tipo penal e, segundo Freitas (2001, p. 45), as definições das condutas delituosas não eram precisas o suficiente para serem percebidas com suficiente clareza em todo o seu alcance e extensão pelos destinatários da norma penal, de maneira que ela não cumpria nenhuma função de garantia, do que decorre que os súditos não podiam saber com certeza o que podia e o que não podia ser feito.

É, assim, evidente que a preocupação com a culpabilidade dos acusados surge com o Estado liberal e as correntes filosóficas do Iluminismo. Freitas (2002, p. 49) assevera que o ideário liberal exigia o reconhecimento da existência de direitos naturais do indivíduo e da igualdade fundamental entre todos os homens perante a lei, fazendo desaparecer o súdito, substituído pelo cidadão, titular de direitos diante do Estado e contra ele. A lei passou, então, a ser entendida como oriunda da vontade geral e produto da razão humana.

Nos primórdios, a culpabilidade era tida como a liberdade de vontade, posteriormente substituída pela teoria psicológica, que separou os aspectos exteriores do delito dos seus componentes psíquicos, caracterizando-a como a totalidade de relações psíquicas do autor com o resultado. A culpabilidade resumir-se-ia no dolo e na culpa, construção esta que, no final do século XIX, surge com o positivismo de Liszt, Beling e Radbruch.

Para a teoria psicológica, a culpabilidade é a determinação, como conteúdo, da vontade do autor, de modo que a atitude do autor diante do fato é uma conduta interna. A ação ou omissão podem ser completamente distintas, mas o que lhes dá unicidade é o ponto de vista do valor. Assim, haveria duas formas de culpabilidade: a básica, que seria o dolo e a moderada, que seria a culpa, no sentido estrito.

Àquela época, a grande discussão não era tanto a concepção normativa ou psicológica da culpabilidade, mas a sua possibilidade de gradação⁸⁰. Para aqueles que defendiam a culpabilidade psicológica, havia vários graus de culpabilidade⁸¹, enquanto para Carrara (1995, p. 110), a diversidade de condições do dolo leva a graus diferentes de imputação moral, sendo uma vontade tão mais malvada e corrupta quanto mais larga e tenazmente se nutre de malvados desígnios. Um ânimo se mostra tanto mais depravado e perverso quanto menos foi arrastado ao delito por impulsos apaixonados que o empurraram, agitado, fora do reto caminho. E para o que pratica uma ação típica movido por forte emoção ou paixão, o delito é uma exceção, quando para aquele que delinqüe por maldade, é um hábito.

Toledo (1991, p. 222) diz que ver no dolo simples representação e vontade, para aqueles que entendem a culpabilidade como puro nexos psíquico, é o mesmo que afirmar um conceito psicológico da culpabilidade. Para os que a adotam esta seria a ligação psicológica entre o agente e seu fato e, por isso, só pode estar no seu psiquismo. Como se vê, essa estrutura, que considera a ação como movimento corporal voluntário que provoca modificação no mundo exterior considerava a culpabilidade como mero liame psicológico entre o autor e o fato praticado.

⁸⁰ O Código Penal brasileiro, antes da reforma realizada pela Lei 7.209/84, previa, expressamente, no art. 42, a intensidade do dolo e gradação da culpa como critérios a serem utilizados pelo juiz na fixação da pena: “compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou ao grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e às conseqüências do crime: I – determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável”.

⁸¹ Carrara (1995, p. 109-110) escreve sobre os diferentes graus de dolo. Primeiro grau: espontaneidade e perseverança em estado positivo. Perseverança no malvado propósito e ausência de paixão violenta. É o delito friamente premeditado. Segundo grau: Espontaneidade diminuída; perseverança em estado positivo. Continuação do malvado propósito por um breve intervalo, mas sob o domínio de veemente paixão. É o que a prática denominou simples deliberação. Terceiro grau: Espontaneidade em estado positivo. Perseverança em estado negativo. Ânimo carente de embriaguez motivada por cega paixão, mas falta intervalo entre a determinação e a ação. É o que se convencionou chamar de voluntário simples ou resolução improvisada. Quarto grau: espontaneidade diminuída. Perseverança em estado negativo. Entre a determinação e a ação não há intervalo de tempo, e existiu impulso de paixão cega. É o delito cometido sob a influência dos amigos e familiares.

Por esse entendimento, há uma separação entre dois aspectos da estrutura do delito: um que é material (objetivo), constituído pela causalidade, presente na tipicidade e na ilicitude, e outro subjetivo: a culpabilidade. Para Santos (2000, p. 205), o modelo causal indica as duas bases do conceito psicológico da culpabilidade: a) injusto e culpabilidade se relacionam com dimensões objetiva e subjetiva do fato punível; b) a relação psíquica do autor com o fato existe sob as formas psicológicas do dolo e da culpa, estrito senso.

Pela teoria psicológica da culpabilidade, a existência de um fato típico e ilícito se limita a uma causalidade física, apurada pela constatação de um resultado concreto no mundo exterior, enquanto a própria culpabilidade, que era entendida como uma manifestação de natureza psicológica, anímica e volitiva do autor, se constituía de dois elementos, dolo e culpa, na verdade espécies do gênero culpabilidade.

Essa teoria não respondeu a todas as indagações a respeito das relações psicológicas do evento delituoso com o seu autor, como defende Jescheck e Weigend (2002, p. 578), segundo o qual tal concepção psicológica logo se mostrou insuficiente, porque não dava respostas às questões de quais relações psíquicas deviam considerar-se relevantes jurídico-penalmente e porque sua presença fundamenta a culpabilidade e sua ausência a exclui.

Assim, não se poderia explicar por que, ainda quando o autor atuou dolosamente e produziu uma relação psíquica com o resultado, deveria negar-se-lhe sua culpabilidade se ele é um doente mental ou agiu em estado de necessidade exculpante, nem se poderia fundar o conteúdo da culpabilidade da culpa

inconsciente na concepção psicológica, já que nela falta precisamente toda a relação psíquica com o resultado⁸².

Essas insuficiências levaram a aparecer, especialmente na doutrina alemã, discursos normativos, ou seja, propostas para os que concebem a culpabilidade como um juízo de (des)valor, ainda se se considerar que as modificações ocorridas na culpabilidade como categoria dogmática coincidem com as transformações por que passa o sistema do delito, do causal-naturalista para o finalismo, ganhando impacto os estudos sobre o injusto/culpabilidade. São transformações que se deram no âmbito da estrutura material (conteúdo) do delito, com a troca de posições do dolo e da culpa e a mudança na sua sistemática e no seu método, sem alterar-lhe a definição formal como conduta típica, ilícita e culpável.

3.2.2 A teoria psicológico-normativa da culpabilidade

Contra-pondo-se à teoria puramente psicológica, que considerava apenas o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade, Frank (2002, p. 37), em obra editada em 1907 sob o título *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade), acrescenta-lhe novos elementos - o juízo de censura que se faz ao autor do fato e, como pressuposto deste, a exigibilidade de conduta conforme a norma. Para Frank (2002, p. 37-38), o erro da concepção puramente

⁸² Pardos (2002, p. 6-7) enumera as seguintes insuficiências da concepção psicológica: 1. Dificuldades na ordenação sistemática da imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, pois ou era pressuposto do dolo e a imprudência ou era pressuposto da pena, o que em ambos os casos resultava insuficiente; 2. Impossibilidade de legitimação da punição da imprudência inconsciente, na que, precisamente, não existe nenhuma relação psicológica; 3. Impossibilidade de uma adequada explicação do estado de necessidade não justificante; 4. Impossibilidade de compreender a culpabilidade como conceito graduável ou, ao menos, graduável na medida requerida pela lei; 5. Carências de legitimação no referente à exigência de determinados pressupostos psicológicos para a punição; 6. Heterogeneidade de uma culpabilidade que é mistura de elementos psicológicos (dolo) e normativos (imprudência). Em outras palavras, natureza radicalmente distinta das espécies de culpabilidade, ao ser uma psicológica e outra, normativa.

psicológica se funda na desconsideração dos elementos individuais da culpabilidade, pois, ao considerar somente o dolo e a culpa, não leva em conta a imputabilidade nem as circunstâncias que conduzem ao fato. Como para ele a culpabilidade será a reprovação (reprochabilidad) de um comportamento, Frank (2002) é tido como o “fundador da teoria normativa da culpabilidade” (MAURACH; ZIPF, 1994, p. 520).

A partir de situações concretas do cotidiano das pessoas, Frank (2002) desenvolve uma teoria, citando como exemplo a situação de um caixa de comércio e um portador de valores, cada um realizando isoladamente uma conduta de defraudação: o segundo é bem de vida, não possui família e é dado a amores suntuosos, enquanto o primeiro recebe apenas o necessário para viver, tem uma mulher enferma e numerosos filhos menores. Em relação ao dolo, não existiria diferença nenhuma entre eles, porém todos sabem que o caixa tem uma culpabilidade menor que o portador de valores, pois, para aquele ela é diminuída pelas circunstâncias desfavoráveis nas quais se encontrava, sendo agravada em razão da boa situação financeira e inclinações luxuosas, para este.

O mesmo ocorre quando dos delitos culposos. Exemplifica Frank (2002) que o guarda-barreira que, depois de um longo descanso, erra na colocação dos desvios, é mais culpável que aquele que comete a mesma falta depois de onze horas ininterruptas de trabalho. Isso se dá porque, na linguagem comum, existem determinados fatores medidores da culpabilidade – as circunstâncias concomitantes - que estão fora do dolo e da culpa.

Frank (2002, p. 33) defende a imputabilidade como elemento da culpabilidade, a partir do caso da não punição do padrinho de duelo seriamente preocupado em evitá-lo, o que seria previsto, expressamente, no § 262 do Código

Penal alemão, então vigente. Para ele, isso seria a comprovação de que a culpabilidade é mais que dolo e culpa.

Partindo dessas premissas, Frank (2002, p. 36-37) conclui que a culpabilidade deve ser considerada de modo que tome em conta as circunstâncias concomitantes e a imputabilidade. Assim, formula a existência de uma causa de exclusão da culpabilidade, na forma do erro de fato, pois, se alguém se considera atacado e se defende contra um suposto agressor, como se realmente atacado, o dolo deixaria de existir, estaria excluído, mas a culpa, no sentido estrito, poderia estar presente se com o cuidado exigido e de acordo com as circunstâncias do caso, o agente se der conta de que, na realidade, não havia nenhuma agressão.

Frank (2002, p. 40-41) diz que existem três pressupostos para a caracterização da culpabilidade: 1) uma atitude espiritual normal do autor, a que se denomina imputabilidade (se ela existe em alguma pessoa, então está dito que seu comportamento antijurídico pode ser convertido, em regra, em reprovação, mas não se pode afirmar que essa reprovação se dê no caso concreto); 2) uma relação psíquica concreta do autor com o fato em questão ou a possibilidade desta, conforme a qual o autor discerne seus alcances (dolo), ou poderia alcançá-los (imprudência); 3) a normalidade das circunstâncias sobre as quais o autor atua (quando uma pessoa imputável realiza algo antijurídico, consciente das conseqüências que aparelha sua ação, pode ser sujeito, em regra, de uma reprovação, segundo a interpretação do legislador, mas, o que é possível no geral, pode ser impossível no particular, não cabendo a censura quando as circunstâncias concomitantes tenham sido um perigo para o autor ou para uma terceira pessoa e a ação proibida os podia salvar).

Goldschmidt (2002, p. 113) propõe em 1913, situar, ao lado do dolo e da culpa, um elemento normativo da culpabilidade: a contrariedade ao dever. Tal elemento estaria excluído quando ao autor não se poderia exigir, de acordo com as circunstâncias, a submissão à motivação de cumprir o dever, pois, para ele a doutrina normativa da culpabilidade somente quer dizer não ser ela uma mera relação psíquica do autor com a ação antijurídica, mas uma valoração do suposto de fato psíquico mesmo, bem como a valoração da ação contida no juízo de demérito, que significa a antijuridicidade, permaneceria ainda quando todas as características fossem descritivas ou cognitivas.

Assim permaneceria a valoração da motivação contida no juízo de desvalor, que significa a reprovação, ainda que a culpabilidade e as causas de exculpação estejam tipificadas legalmente de maneira inequívoca. É que Goldschmidt (2002, p. 102-105) promove a distinção entre norma de Direito, como exigência objetiva de comportamento exterior, e norma de dever, como exigência subjetiva de atitude pessoal conforme a norma de Direito.

Santos (2006, p. 277) diz que a distinção entre norma jurídica e de dever permite, por um lado, fundamentar a reprovação do autor na consciência da antijuridicidade do tipo de injusto realizado – excluída ou reduzida nas situações de erro de proibição – e, por outro, fundar a exigibilidade de motivação conforme a norma de dever na normalidade das circunstâncias do fato. Poder-se-ia, então, infringir uma norma de dever sem atuar culpavelmente, quando se pudesse invocar uma causa de exculpação, um caso de exclusão da contrariedade ao dever, de modo que a inexigibilidade era a idéia principal das causas de exculpação, delimitando-a, a partir daí, das causas de justificação e das de exclusão da punibilidade.

Tomando como ponto de partida as opiniões de Frank (2002) e Goldschmidt (2002), Freudenthal (2003, p. 73) formulou, em 1922, o conceito de inexigibilidade como uma causa supralegal de exculpação, sob o manto do estado de necessidade, porque ali falta o poder do agente, já que o sujeito não pode, por lhe faltar, nas circunstâncias, o poder agir de modo a evitar o fato. Se para a realização do fato criminoso se faz necessário um grau de capacidade de resistência que normalmente não se exige de ninguém, falta com o poder a reprovação e, com a reprovação, a culpabilidade.

Brandão (2002, p. 141) afirma que a teoria psicológico-normativa traz de volta o conceito de dolo dos romanos. O dolo, ao lado da culpa, é elemento da culpabilidade e considerado como vontade e previsibilidade, aliadas ao elemento normativo consciência da antijuridicidade, sendo, pela relevância dada a esse elemento, que a culpabilidade deixou de ser puro nexó psicológico para ser juízo normativo.

Entre nós, há aqueles que defendem a existência de uma teoria simbiótica, formada pela união da psicológica com a normativa. Noronha (1991, p. 100) diz que as duas teorias operam em setores diferentes, porém não se repudiam porque a psicológica vincula subjetiva e estritamente o indivíduo ao ato, enquanto a normativa refere-se à ilicitude do proceder.

A concepção da teoria psicológica conviveu contemporaneamente com a da normativa. Mezger (2000, p. 225), ao escrever o livro de estudo, não o tratado, criticou a concepção normativa pura da culpabilidade formulada por Welzel (1997), afirmando que o critério segundo o qual daria à culpabilidade jurídico-penal unicamente a censura estaria sublinhada e fora do contexto. Diz ainda que a concepção que não admite a graduação da culpabilidade a esvaziaria.

Para Mezger (2000, p. 227), o dolo é normativo, pois os seus elementos são a vontade de realizar o fato e o conhecimento do fato. Esse conhecimento se dividiria em conhecimento das distintas circunstâncias do fato e o da sua antijuridicidade (consciência potencial da ilicitude). Para ele, a culpabilidade é um elemento do crime matizado por diversos componentes distintos em sua origem e natureza, sendo uma circunstância psicológica, qualificada como contrária ao Direito e reprovável por seu juízo de valor. A culpabilidade seria então composta pela capacidade de imputabilidade, do dolo e da culpa e da exigibilidade da conduta adequada à norma.

3.2.3 A teoria normativa pura da culpabilidade

Com o advento da teoria finalista da ação⁸³, Welzel (1997, p. 167) defendeu que a essência da culpabilidade reside na censura e o dolo e a culpa estavam no tipo subjetivo de injusto. Estava lançada a idéia normativa pura da culpabilidade, composta dos seguintes elementos: a imputabilidade, a consciência potencial da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, nas circunstâncias, porque o dolo e a culpa migraram para o tipo.

A culpabilidade é reprovação da configuração da vontade, disse Welzel (1997, p. 167). Toda culpabilidade é, assim, culpabilidade de vontade. Somente o que o homem realiza voluntariamente pode ser reprovável como culpabilidade, por isso, suas faculdades e predisposições (tudo aquilo que o homem simplesmente é) tanto faz se valorosas ou medíocres não podem ser levadas em consideração.

⁸³ Brandão (2002, p. 23-28) considera que a teoria finalista da ação foi criada por Welzel, na primeira metade do século XX, com o objetivo de romper com o Direito Penal nazista. Para ele, a ação humana é exercício de uma atividade final e não de uma mera atividade causal, daí que o fim está sempre presente. Para a teoria finalista, o dolo e a culpa migraram da culpabilidade para a ação.

O que importa é o que realiza com essas qualidades ou como as movimenta, em comparação com o que poderia ou deveria fazer com elas ou como teria podido ou devido pô-las em movimento, isso sim deve ser levado em conta como mérito ou reprovado como culpável.

Welzel (1997, p. 168), após reconhecer o desenvolvimento da concepção normativa da culpabilidade a partir de Frank (2002), passando por Goldschmidt (2002) e Freudenthal (2003), assegura que está cada vez mais impregnada a teoria do tipo e do injusto pelos momentos psicológicos, inicialmente atribuídos à culpabilidade, primeiro com os elementos subjetivos do injusto, logo com a vontade da ação. Ao contrário do tipo, pela teoria normativa pura, na culpabilidade se excluem os elementos psicológicos e conserva-se unicamente o critério da reprovação.

O autor rebate a crítica de Mezger (2000, p. 225) segundo a qual a retirada do dolo e da culpa da culpabilidade a esvaziaria, argumentando que quem assim pensa desconhece, no desenvolvimento da teoria do injusto e da culpabilidade, a íntima conexão entre a exclusão da parêntese de contrários já superada e defeituosa – objetivo-subjetivo – e ignora sua substituição pelos opostos dever ser poder.

Para Brandão (2005, p. 223), o Código Penal brasileiro tem nítida inspiração finalista, tanto que o dolo direto ou normal, de acordo com a conceituação que lhe dá o art. 18, está no tipo e não na culpabilidade, o mesmo ocorrendo na dicção do art. 20, que estabelece que o erro quanto ao elemento constitutivo do tipo legal do crime exclui o dolo. Ora, se o erro de tipo exclui o dolo, este se localiza no tipo.

Assim, para a teoria normativa pura da culpabilidade, a reprovação pressupõe que o autor tenha podido motivar-se de acordo com a norma, não num sentido abstrato de algum homem em vez dele, mas de que este tinha podido, nesta

situação, formatar uma vontade em conjunção com a norma. Essa reprovação possui, na opinião de Welzel (1997, p. 170), duas premissas: a primeira é que o agente seja capaz, atendidas suas forças psicológicas, de motivar-se de acordo com a norma (imputabilidade), e a segunda que ele esteja em situação de motivar-se de acordo com a norma em virtude da compreensão possível da antijuridicidade de seu propósito concreto (os pressupostos especiais da reprovação: a possibilidade de compreensão do injusto)⁸⁴.

É importante registrar que, ao defender a migração do dolo para a ação, ele para lá foi sem a consciência potencial da ilicitude, seu elemento normativo. Dessarte, o dolo volta a ser puramente natural e pertencente, exclusivamente, à ação, nada restando dele na culpabilidade, como queriam os adeptos da teoria psicológico-normativa. Brandão (2002, p. 144), como conclusão do seu pensamento, assevera que pela concepção normativa pura da culpabilidade, esta foi destituída de qualquer elemento psicológico para se tornar exclusivamente normativa, sendo os seus elementos normativos a consciência potencial da ilicitude, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa⁸⁵.

Como afirmou Welzel (1997), a sua teoria era baseada no que antes disseram Frank (2002), Goldschmidt (2002) e Freudenthal (2003), não acrescentando ele nenhum elemento até então desconhecido à culpabilidade. O seu grande mérito foi separar, na culpabilidade, os elementos objetivos dos subjetivos, optando pelo

⁸⁴ Maurach e Zipf (1994, p. 532) relatam que Welzel negava, a essa época, à exigibilidade o reconhecimento como elemento da culpabilidade, tratando aos casos de estados de necessidade como causas de justificação. Posteriormente revisou a sua posição e reconheceu aos casos jurídico-penais do estado de necessidade o caráter de causas de exclusão da culpabilidade, vendo-se obrigado a incorporar a seu conceito da culpabilidade os casos de ausência dessas causas de exclusão, com o caráter de exigibilidade da conduta adequada ao Direito, seguindo o exemplo de Goldschmidt (2002) e Freudenthal (2003).

⁸⁵ Para Brandão (2002, p. 144) o juízo de censurabilidade da culpabilidade encontra-se no fato de o sujeito praticar uma ação ou omissão, que possuía condições de saber que era contrária ao Direito, ou seja, praticar uma ação ou omissão com potencial consciência da antijuridicidade.

antagonismo do dever ser poder, principalmente no que se refere ao dolo e à culpa, removidos da ação.

Para Maurach e Zipf (1994, p. 534), aí está o grande mérito da teoria normativa pura da culpabilidade que, livre de todo elemento psicológico e de todo objeto de valoração no mundo de representação do autor, é agora unicamente um julgamento do processo de motivação. Seus componentes são acontecimentos puramente valorativos: 1) A capacidade de imputabilidade inclui o juízo acerca da capacidade geral de motivação do autor; 2) A possibilidade da consciência da ilicitude permite extrair a conclusão de que o autor imputável pode também, no caso concreto, reconhecer que sua conduta atentava contra a comunidade; 3) A exigibilidade da conduta adequada ao Direito priva o autor da possibilidade de invocar o haver-se enfrentado com uma situação coativa excludente de toda a reprovação. Cada um desses componentes contém um juízo de desaprovação com características próprias.

De resto, em razão da diversidade de opiniões, o próprio conceito de culpabilidade variou com o passar do tempo e o desenvolvimento das teorias a seu respeito. Assim é que, para os que adotam a concepção psicológica, a culpabilidade é a ligação psicológica entre o agente e o fato, na ótica dos normativistas se trata de um juízo de valor sobre uma situação fática e no entender dos finalistas, consiste num juízo valorativo ou de censura que se faz ao autor de um fato criminoso.

3.2.4 A culpabilidade no pós-finalismo

É de logo importante registrar que a maioria das opiniões doutrinárias pós finalismo se dirige a um modelo cada vez mais normatizado de culpabilidade. Roxin

(1997, p. 810) a defende como um dado misto empírico-normativo, porque empiricamente constatável a capacidade geral de autocontrole e a acessibilidade normativa que com ela se produz. Por outro lado, se atribui, normativamente – em qualquer caso por quem não queira comprometer-se com uma posição indeterminista – a possibilidade, derivada dessa constatação, de conduta conforme o Direito.

Para ele, esse conceito de culpabilidade tem a vantagem de corresponder à concepção que restringe o Direito Penal ao absolutamente necessário socialmente. A paz e a segurança jurídica de uma sociedade resultam da expectativa de que aos seres humanos é induzida, por regra geral, a conduta conforme o Direito, mediante proibições e ordens. Por isso quando alguém infringe as leis penais, provoca uma comoção da consciência jurídica geral – conseqüentemente, uma sensação de descontentamento e insegurança – que se restabelece com a reafirmação das normas pela punição dos sujeitos infratores.

Se os delitos permanecem impunes, as normas perdem amplamente o poder de motivação, e a sociedade cada vez mais se anarquiza. É que, se a atuação de uma pessoa se dá conforme o Direito e motivada por ele, a aplicação do Direito Penal é desnecessária e inadequada, o que sucede com os mental ou psiquicamente enfermos e gravemente perturbados em sua capacidade de motivação, assim como com as imaturas e com as que não podiam conhecer as normas. Quando essas pessoas infringem a lei, não se promove nenhum descontentamento social e a consciência social não se comove.

A concepção de Roxin (1997, p. 811) se apóia numa justificação social da pena, e nisso se assemelha à de alguns defensores da culpabilidade pelo caráter

(DIAS, 1995, p. 88),⁸⁶ e ao conceito funcional de Jakobs (1997, p. 584). A culpabilidade não agrava o cidadão, pelo contrário o protege, porque as necessidades preventivas se imporiam com total independência da vinculação a ela.

Jakobs (1997, p. 584) afirma que o objetivo do conceito de culpabilidade é o de caracterizar a não-motivação conforme o Direito. Quando há um déficit de motivação jurídica, há de castigar-se ao autor, desde que o injusto e a culpabilidade não estejam minimizados por uma modificação do fato ou por sucessos posteriores, como a prescrição, e a impunidade não se verifica por circunstâncias além do injusto material. Pune-se para manter a confiança geral na norma e para exercitar o seu reconhecimento geral e com base nesse fim da pena, o conceito de culpabilidade não há de orientar-se para o futuro, mas até o presente, na medida em que o Direito Penal contribui para estabilizar o ordenamento.

A questão mais interessante defendida por Jakobs (1997, p. 584) é a de que a concepção de culpabilidade depende da respectiva estrutura da sociedade que nem a existência do injusto. Mas, mesmo numa sociedade estruturalmente definida, tal conceito somente estará bem definido se o estiver também o fim da pena, pois, para ele não há diferença alguma entre a finalidade de prevenção especial da pena, entendida como a eliminação futura de outra ação delituosa, e a pretensão de prevenção geral negativa, concebida como a intimidação de todos. É que, se de modo distinto, há de proceder-se no âmbito dos modelos de retribuição pela culpabilidade, no que se trataria de reprovação, o que, obviamente sem precisão, não é mais do que uma vaga referência à necessidade de reagir contra a infração da norma.

⁸⁶ Dias (1995, p. 88) escreveu: “ [...] - o carácter do homem, se deve reconhecer-se inevitavelmente condicionado por constelações endógenas e exógenas estranhas à vontade e contra as quais ele nada pode, é também, ao menos em parte, obra da vontade livre do homem; de sorte que aquilo que este simplesmente “é” – e que como tal pareceria recusar-se a constituir objecto idóneo de um juízo ético de culpa – [...]”.

Para Jakobs (1997), o conceito de culpabilidade, na atualidade, há de se configurar funcionalmente, ou seja, deve render um fruto de regulação, conforme determinados princípios e de acordo com os requisitos do fim da pena, em uma sociedade de estrutura determinada, pois a finalidade da pena é de prevenção geral positiva, cujo objetivo é de manter o reconhecimento geral da norma e não a intimidação ou o castigo, simplesmente.

3.3 A CAPACIDADE DE CULPABILIDADE

Uma das características essencial do ser humano é a que se utiliza para fundamentar a possibilidade de exigir-lhe uma determinada conduta. Existindo um modelo de ser humano, um tipo ideal ou médio, ao qual aludem as expressões de igualdade e normalidade, este gozará da característica de se poder exigir-lhe uma determinada conduta. Ora, possuindo o homem tal característica, todos são motiváveis, devido ao livre-arbítrio, sendo certo que, excepcionalmente, esta estará diminuída.

Para Brandão (2002, p. 163) a capacidade de culpabilidade é chamada de imputabilidade, que seria o conjunto de qualidades pessoais que possibilitam a censura pessoal. O sujeito detentor de imputabilidade é o que tem capacidade de compreender a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade.

A capacidade de culpabilidade é característica jurídica de seres humanos com níveis de desenvolvimento biológico e de normalidade psíquica necessários para compreender a natureza proibida de suas ações e orientar o comportamento de acordo com esse entendimento. Efetivamente, capacidade de culpabilidade é

capacidade de motivação, com natureza eminentemente normativa, determinada pela aptidão de se dar conta da desaprovação jurídico-penal e de dirigir o comportamento de acordo com essa compreensão.

Roxin (1997, p. 822-823) ensina que o legislador parte de um entendimento prévio de que todos os adultos são culpáveis, por isso não regula a culpabilidade, preferindo, ao contrário, normatizar a incapacidade de culpabilidade ou imputabilidade. Na mesma linha, defende Mezger (2000, p. 201) que a imputabilidade significa a capacidade de cometer culpavelmente fatos puníveis: “a lei pressupõe a existência dessa capacidade nos adultos, mas determina certas circunstâncias em virtude das quais não existe esta capacidade ‘normal’”.

Para o finalismo, a imputabilidade tem dois elementos: um intelectual - a capacidade de compreender o injusto que não se confunde com a consciência atual do injusto – e um volitivo, a capacidade de determinar a vontade de acordo com essa compreensão. Por essa razão, a lei utiliza um método biopsicológico, que Welzel (1997, p. 182) denomina de psicológico-normativo, pois caberia ao juiz e ao médico decidir se, no caso concreto, a causa de determinados estados anormais exclui a imputabilidade.

O Código Penal brasileiro estabeleceu, no art. 26, a fórmula para a definição da capacidade de culpabilidade ou os estados pessoais que, sob certas circunstâncias a excluem, sistema biopsicológico. Trata-se de uma definição em dois níveis: o correspondente aos estados pessoais do sujeito e o que se refere aos efeitos de tais estados sobre a sua capacidade de autocondução. Assim, a capacidade de culpabilidade se exclui por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado se o sujeito 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.

Segundo Noronha (1991, p. 162-163), a imputabilidade, a par de existirem três importantes sistemas a seu respeito - o biológico, o psicológico e o biopsicológico -, o nosso Código, ao lado do italiano, suíço, argentino e alemão, adotou o último. Para tal sistema, é inimputável a pessoa que, em virtude de enfermidade ou deficiência mental, não gozava, no momento do fato, de entendimento ético-jurídico e autodeterminação, bem como os que, à época do evento delituoso, contassem dezoito anos de idade completados.

Para Santos (2006, p. 287), a incapacidade de culpabilidade ou inimputabilidade penal, entendida como ausência das condições mínimas de desenvolvimento biológico e de sanidade psíquica, ocorre na hipótese de indivíduos menores de dezoito anos que sem o desenvolvimento biopsicológico e social necessário para compreender a natureza criminosa de suas ações ou orientar o comportamento de acordo com essa compreensão⁸⁷, e na de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado determinantes de incapacidade de compreender o injusto do fato ou de agir conforme essa compreensão⁸⁸.

Na primeira hipótese, a da inimputabilidade aos menores de dezoito anos, a lei definiu um critério, hoje contestado, de política criminal, pois adolescentes abaixo dessa idade estão praticando toda a espécie de crimes, sem uma resposta satisfatória às vítimas, aos familiares e à sociedade. Não se trata mais de pequenos furtos, a famosa “trombada”, mas de assaltos a mão armada, latrocínios, tráfico

⁸⁷ Segundo o art. 27 do Código Penal brasileiro “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”, disposição está consagrada no art. 228 da Constituição Federal: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

⁸⁸ Art. 26 do Código Penal brasileiro: “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”.

ilícitos de entorpecentes e homicídios de pessoas inocentes, com lei a eles aplicável, o Estatuto da Criança e do Adolescente, não atendendo à demanda da sociedade brasileira, por punição.

Pode-se afirmar que, se não for tomada uma atitude séria e corajosa agora, mais grave a situação se tornará. É que se estão construindo, nos dias atuais, devido à estabilidade monetária, uma legião de futuros marginais, os chamados menores de rua, havendo dúvidas se esse custo vale a pena. Na verdade, cidades pequenas, outrora pacatas, vivem cheias de mendigos e crianças, abandonados à própria sorte, o que obriga o Judiciário, sem recursos e sem meios, a ocupar o lugar do Executivo na proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Os meninos começam com pequenos furtos, os viciados em cola de sapateiro passam ao assalto a mão armada e ao tráfico de drogas pesadas. Para as meninas, resta o caminho sombrio da prostituição, não havendo, pelo menos na atual conjuntura, salvação.

Vê-se, com perplexidade, que em relação a essas crianças fracassaram a família, a escola e o Executivo, instituições extrajudiciais de combate ao crime, sobrando para o Judiciário, detentor do *jus puniendi* estatal, a tarefa de, com a sua espada, conter a criminalidade, condenando o criminoso e atirando-o às masmorras. Daí surgem as idéias legislativas de conter-se o delito com a elevação das penas, sem se levar em conta que somente a ameaça de punições mais graves não previne a prática delituosa, pois que a segurança da população reside, no âmago, no enfretamento dos problemas sociais e da impunidade.

Ora, de acordo com o Censo 2000 do IBGE, publicado no sítio do órgão na internet, 15% da população economicamente ativa (PEA) está desempregada, o que representa 11,4 milhões de brasileiros. Dos que trabalham, 24,4% sobrevivem com

menos de um salário mínimo por mês, sendo que 51,9% ganham, no máximo, dois salários. Somente em São Paulo, vive 1,077 milhão de pessoas em condições subnormais - moram em favelas, cortiços ou domicílios improvisados (estes, pelo conceito do IBGE, são quaisquer instalações fixas que não deveriam, em tese, servir de moradia, como prédios em construção, postos de saúde, vagões de trem, buracos, carroças, tendas, grutas, etc.).

O analfabetismo não é, no Brasil, menos alarmante. Segundo o IBGE, 13,63% da população com mais de 15 anos é ágrafa, enquanto na Argentina esse percentual é de 3%, no Chile, 4%, na Venezuela, 7%, e na Colômbia, 8%. Tem-se, no Brasil, na população acima de 10 anos, 17,6 milhões de analfabetos, sendo que, da população total, 34,7% dos chefes de família não completaram sequer quatro anos de estudo. Por outro lado, após a ocorrência do crime, o aparelho judicial não atende às exigências, cada vez maiores, de um julgamento rápido, eficaz e gerador da certeza da punição.

Já na segunda hipótese, de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado determinantes de incapacidade de compreender o injusto do fato ou de agir conforme essa compreensão existem três situações: a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto e o desenvolvimento mental retardado.

A doença mental corresponde aos casos de patologias congênitas ou adquiridas da mente, que atingem o juízo, a percepção, a memória, a ideação e a inteligência, às quais podem ou não ser orgânicas. As psicoses se associam a síndromes orgânicas cerebrais e orgânicas cerebrais não psicóticas. Na categoria das psicoses não atribuídas a enfermidades físicas encontram-se as esquizofrenias,

os transtornos afetivos principais, os estados paranóides e a reação psicótica depressiva.

O desenvolvimento mental retardado significa um atraso na inteligência do paciente (OLIVEIRA, 1994, p. 280) em relação à sua idade, segundo escalas de retardos mental chamadas de oligofrenias, como: 1) idiotia, 2) imbecilidade e 3) debilidade mental. A idiotia corresponderia a um desenvolvimento mental de uma criança de um a dois anos, a imbecilidade corresponde a um desenvolvimento mental de três a oito anos de idade e a debilidade mental é a mais branda das hipóteses, equivale a uma situação mental entre oito e catorze anos⁸⁹.

O desenvolvimento mental incompleto é aquele que ainda não se deu. São os casos dos menores de dezoito anos, já referidos, dos surdos-mudos não educados e dos silvícolas inadaptados ao meio urbano. Para Brandão (2002, p. 169), a cultura indígena possui rituais que não se adequam aos valores da civilização, como o exemplo da morte obrigatória de uma criança nascida de parto de gêmeos.

O parágrafo único do art. 26 do Código Penal brasileiro permite a redução da pena considerando uma gradação da capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão⁹⁰. Para Santos (2006, p. 291), o conceito de saúde mental designa psicopatologias diferentes da doença mental apenas na graduabilidade inferior, como estados patológicos do aparelho psíquico constituídos por defeitos esquizofrênicos, manifestações de demência senil, arteriosclerose ou atrofia cerebral, formas leves de epilepsia, traumas cerebrais de

⁸⁹ Uma outra classificação, realizada por Oliveira (1994, p. 285), leva em consideração os quocientes de inteligência: a) limítrofe: QI de 68 a 85; b) leve: QI de 52 a 67; c) moderado: QI de 36 a 51; d) grave: QI de 20 a 35; e) profundo: QI inferior a 20.

⁹⁰ Parágrafo único do art. 26 do CPB: "A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da 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".

efeitos psíquicos mínimos, formas leves de debilidade mental, psicopatias e neuroses.

3.4 A POSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO DO INJUSTO

Num primeiro momento, na fase da culpabilidade psicológica, o elemento normativo denominado contrariedade ao dever⁹¹, que está unido à existência de consciência de antijuridicidade ou da sua possibilidade, é o critério de distinção entre dolo e imprudência (culpa no sentido estrito). Somente depois se produzirá uma divisão entre os que consideram, para a caracterização do dolo, a possibilidade da consciência da antijuridicidade e os que consideram necessária não só a possibilidade mas também o conhecimento da antijuridicidade⁹².

Assim, naquela época, é redefinido o conceito de dolo, que passa a contar de dois elementos, um ontológico (dolo natural) e outro normativo (consciência da contrariedade ao dever). Dessa forma, na opinião dos que incluíam o elemento normativo, na ação culpável encontrava-se sempre um que era ontológico, a realização da vontade, e um normativo, a contrariedade ao dever, sendo tal ação execução da vontade contrária ao dever que produz um resultado antijurídico.

O conhecimento do injusto (consciência da antijuridicidade), dependendo da teoria adotada – do dolo ou da culpabilidade, é incluído, respectivamente, como seu

⁹¹ Pardos (2002, p. 65) relata que, naquela época, se falava de consciência de contrariedade ao dever, para tentar distingui-la da consciência da antijuridicidade, tanto porque se parte de pontos de vista éticos, quanto porque se trata de evitar um positivismo jurídico (conhecimento da lei penal) e uma fácil exculpação, dado que o argumento é um dos utilizados contra o reconhecimento do erro de proibição.

⁹² Brandão (2002, p. 150-151) classificou a primeira situação de consciência da antijuridicidade formal e a segunda de consciência da antijuridicidade material. A consciência da antijuridicidade formal exige para o seu aperfeiçoamento o prévio conhecimento da norma, que à conduta o caráter de ilícita. A consciência da antijuridicidade material é o conhecimento da anti-sociabilidade da ação. Para esta é irrelevante o conhecimento ou desconhecimento da norma. Para ele, a consciência da antijuridicidade somente se pode dar se for compreendida materialmente.

elemento. Para Santos (2006, p. 298), a teoria do dolo considera o conhecimento do injusto elemento do dolo, integrado pela consciência e vontade do fato e pela consciência e vontade do desvalor do fato, trazendo, em consequência, que a consciência e vontade do fato e do desvalor do fato configura o chamado *dolus malus*, que fundamenta a definição do crime doloso como rebeldia ao Direito, de sorte que todo e qualquer erro o exclui, não existindo a correlação do erro de fato com o de Direito e do erro de tipo com o de proibição.

Na década de 1930, Welzel (1997) desenvolveu, a partir das idéias de Stratenwert, Armin Kaufmann e Nicolai Hartmann, a teoria finalista da ação, para a qual a ação é atividade humana final. Se os conceitos causalistas anteriores, que consideravam como fundamental na provocação do resultado a modificação no mundo exterior, sem dar grande importância à vontade, o finalismo entende que a natureza das coisas impõe a preeminência na ação do aspecto subjetivo, pois a diferença entre os fenômenos da natureza e a ação humana é precisamente a finalidade.

Para o finalismo, o conteúdo da vontade, exteriorizada e dirigida a um determinado fim, é fundamental na ação, e essa inclusão da finalidade na ação conduziu a uma mudança dogmática, pois o dolo deixa a culpabilidade para integrar o tipo. Segundo Maurach e Zipf (1994, p. 378), o dolo não contém a consciência da antijuridicidade, uma vez que a ação dolosa não é influenciada pelo fato de o autor não conhecer a proibição normativa, de modo que ele subsiste, independentemente de que tenha sido impossível ao autor reconhecer o proibido de sua ação, ou mediante a correspondente ativação da consciência, tenha ou não podido adquirir tal compreensão. O dolo é um fato psicológico atual.

Welzel (1997, p. 195) defende que o objeto da reprovação da culpabilidade é a vontade de ação antijurídica, que se dá na medida em que o agente podia ter consciência da antijuridicidade da ação e ela se podia converter em motivo determinante do sentimento. Ao agente resulta mais fácil a possibilidade de autodeterminação conforme o sentimento quando conhece positivamente a antijuridicidade, indiferente se esta consciência é atual ao momento da ação do fato ou pode se atualiza imediatamente.

Nesse caso, a reprovação da culpabilidade reveste-se de maior gravidade. Mais difícil resulta ao autor quando não conhece a antijuridicidade, mas podia reconhecê-la com um pouco mais de cuidado, porque se se pode conhecer o injusto de sua ação por meio de um maior esforço de consciência, consultas e outras formas semelhantes, sua ação deve ser reprovada, porém em medida menor que no primeiro caso.

Pela teoria da culpabilidade, a consciência do injusto ou consciência da antijuridicidade é considerada um elemento autônomo, de forma que, apesar da ausência de tal conhecimento, podia justificar a pena do delito doloso no caso do erro de proibição vencível⁹³. A teoria da culpabilidade, vinculada à teoria finalista da ação, separa conhecimento e vontade do fato, que constituem o dolo e o conhecimento da antijuridicidade do fato, que é o seu elemento principal, como fundamento concreto do juízo de reprovação.

Estando a consciência do fato no dolo e a da antijuridicidade do fato na culpabilidade, a consequência é a distinção entre erro sobre o tipo, que exclui o dolo, e erro sobre a proibição, que exclui ou reduz o juízo de reprovação, pelo que o erro sobre o conhecimento do fato exclui o dolo e o erro sobre a antijuridicidade do fato

⁹³ Vide Jescheck, Weigend (2002, p. 487).

exclui a culpabilidade. Dias (2000, p. 68) diz que ao tornar o dolo um elemento do ilícito e a consciência potencial da ilicitude um elemento da culpabilidade, Welzel (1997) e a doutrina finalista se viram forçados a distinguir um erro que exclui o dolo e que só pode ser o que versa sobre o tipo, de um outro que deixa o dolo intocado e tem de recair sobre a valoração do tipo como ilícito ou proibição.

Tal distinção traz, intrinsecamente, uma discussão a respeito da diferença entre tipo e ilicitude (antijuridicidade), sendo de logo pacífico que tipo e ilicitude são momentos anteriores e independentes da culpabilidade. Segundo Beling (apud Dias, 2000, p. 70) é clara e precisa a distinção entre tipo e ilicitude: enquanto aquele é constituído pelo conjunto de elementos dos quais resulta o crime de que tipicamente se trata e visa à pura descrição dos objetos relevantes para o Direito Penal, esta exprime a contrariedade da ação com a ordem jurídica, contendo como conceito normativo que é, por forma valoradora, a proibição jurídica do respectivo comportamento descrito pelo tipo.

Por isso haverá comportamentos típicos não ilícitos, uma vez que o tipo contém só uma delimitação das condutas que podem suscitar o problema da ilicitude, sendo um sintoma ou indício de uma ilicitude que pode, em definitivo, vir a ser negada por intervenção de uma causa de justificação. Essa concepção é conhecida como tipo indiciador da ilicitude e, a partir delas o tipo configura-se, perante a ilicitude, como o *objeto da proibição perante a proibição do objeto*⁹⁴.

Essa concepção do tipo indiciador da antijuridicidade mostra uma clara diferenciação entre tipo e ilicitude, servindo ao mesmo tempo para contrapor o erro sobre o tipo ao erro sobre a proibição. Segundo Dias (2000, p. 72), a questão será sempre e somente saber se aquele elemento de que o agente não teve consciência

⁹⁴ Cf. DIAS (2000, p. 71).

pertence à descrição do comportamento que o torna jurídico-penalmente relevante, ou diferentemente à contradição entre o comportamento e a ordem jurídica total, estando-se, no primeiro caso, perante um erro sobre o tipo, que concretiza o âmbito do que provisoriamente se chama a falta de consciência da fatualidade constitutiva de um comportamento, e na segunda diante de um erro sobre a proibição, que delimita exatamente o âmbito da falta de consciência da ilicitude.

Welzel (1997, p. 63) relata que, com o objetivo de superar a neutralidade valorativa do conceito de tipo de Beling, nasceu a estrutura bipartida do delito de Sauer (apud Welzel, p. 63) e Mezger (2000), segundo a qual o tipo é antijuridicidade tipificada. Para essa teoria, na descrição do injusto há um significado material que é seu fundamento real e não somente seu fundamento de reconhecimento, não apenas mera *ratio cognoscendi*⁹⁵, afastando-se a idéia de que o tipo constituiria tão-só o objeto da valoração da ilicitude. Na verdade, o tipo passou a ser entendido como a *ratio essendi* da ilicitude.

Desse modo, ocorre uma verdadeira revolução na concepção do tipo, que se materializa e se enche de conteúdo, com um sentido de ilicitude de que ele é só individualização, concretização ou tipificação. Tal evolução trouxe como conseqüência a mudança de entendimento acerca das causas de justificação, que deixaram de ser exceção de ilicitude para se inserirem materialmente no tipo, como seus elementos negativos. A conclusão lógica é a de que o tipo somente será um tipo de injusto se contiver todos os elementos positivos ou negativos, incriminadores ou limitadores da incriminação, relevantes para a determinação da ilicitude de um determinado comportamento⁹⁶.

⁹⁵ Cf. MEZGER (2000, p. 145).

⁹⁶ Cf. DIAS (2000, p. 88).

Então, para diferenciar erro de tipo de erro de proibição, considerando o tipo como a *ratio essendi* da antijuridicidade, Dias (2000, p. 89) diz que se têm de um lado todos os elementos que, no conjunto, relevam para a valoração da ilicitude e constituem o tipo e de outro, a conseqüência que juridicamente se liga àquele conjunto de elementos e constitui a ilicitude. Assim se tem também, de um lado o erro que recai sobre qualquer um daqueles elementos relevantes para a ilicitude ou erro sobre o tipo e de outro, o erro que incide sobre o sentido de desvalor jurídico e se liga àquele conjunto de elementos corretamente conhecido e que constitui o erro sobre a proibição ou à falta de consciência da ilicitude.

Para a caracterização da culpabilidade, não basta a presença da imputabilidade, fazendo-se mister que o autor esteja numa situação de possibilidade de reconhecer a antijuridicidade de seu agir. Welzel (1997, p. 187) fornece exemplos de exclusão da culpabilidade nas seguintes situações: 1) um estrangeiro, em cuja pátria a homossexualidade simples não é punida (como na Suíça), pratica ações homossexuais na Alemanha; 2) um homem tranca uma criança mal-educada num quarto por duas horas, porque se acredita com poderes de correição sobre filhos alheios. O Tribunal Supremo Federal da Alemanha, em data de 18/3/1952, estabeleceu o princípio de que “só atua culpavelmente quem pode dar-se conta de que seu comportamento está proibido” (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 485), o que representou a afirmação da consciência da antijuridicidade como elemento da culpabilidade.

A consciência da ilicitude ou da antijuridicidade do fato é o segundo dos elementos da culpabilidade. Alguém com acesso amplo à informação e ciente das normas proibitivas deve ser punido com rigor, ao passo que se age mediante um

erro de proibição, previsto no art. 21 do CP⁹⁷, não seria o caso de puni-lo, sendo o erro inevitável, mas de diminuir-lhe a pena se evitável.

3.4.1 A consciência potencial do injusto e as teorias extremada e limitada da culpabilidade

A partir da definição de que o dolo é conhecimento e vontade de realizar o ato e na culpabilidade estaria a consciência potencial da antijuridicidade, veio à tona a problemática do erro no Direito Penal. Assim, uma das formas de exclusão do dolo é a ausência do conhecimento dos elementos do tipo ou a do elemento intelectual, a que se nomeia erro de tipo. Na verdade, essa falta de conhecimento pode consistir em absoluta ou relativa ignorância, porém, será sempre errôneo ou equivocado.

O erro pode ser escusável (inevitável, invencível) e inescusável (evitável, vencível), sendo escusável quando, mesmo adotadas as cautelas objetivamente exigidas para a situação, não logra o agente obter a consciência dos elementos do tipo (erro de tipo invencível ou escusável) ou a de que o comportamento é ilícito (erro de proibição invencível ou escusável). O erro é inescusável quando ao agente poderia ser dado conhecer os elementos do tipo penal (erro de tipo vencível) ou o do injusto (erro de proibição inescusável), o erro de tipo inescusável (evitável ou vencível) exclui o dolo, mas é possível a punição, a título de culpa, caso haja previsão legal, enquanto no de proibição inescusável (evitável ou vencível) não há exclusão da culpabilidade, mas é admissível a diminuição da pena.

⁹⁷ 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.

Outrora, no Brasil, antes da reforma de 1984, se falava de erro de fato e erro de Direito como categorias diferentes, que a doutrina atual substituiu por erro de tipo e erro de proibição⁹⁸. O erro sobre qualquer elemento do tipo, ou, em outras palavras, o desconhecimento da existência de um elemento caracterizador da proibição legal da conduta, exclui sempre o dolo, que requer, necessariamente, o conhecimento dos elementos do tipo⁹⁹.

O erro de proibição, que é o erro sobre a antijuridicidade do fato, apresenta por objeto a natureza proibida ou permitida da ação típica. O autor sabe o que faz, mas crê, erroneamente, que é permitido. Jescheck e Weigend (2002, p. 490) dizem que o erro de proibição não é somente a aceitação positiva de que o fato está permitido, mas também, da mesma forma que o erro de tipo, a ausência de uma representação acerca da valoração jurídica do fato.

O erro de proibição pode ser direto ou indireto, invencível ou vencível. Se for direto, incidirá sobre o próprio conhecimento da antijuridicidade ou ilicitude e, conseqüentemente, na sua proibição pelo ordenamento jurídico. Será indireto, todavia, se incidir sobre a existência ou limites de uma causa de justificação e gerar no autor a impressão equivocada de que seu comportamento estaria permitido.

Jescheck e Weigend (2002, p. 491) afirmam que há de se distinguir o erro de proibição direto do indireto. Quando o agente percebe como tal a norma de proibição que se refere ao fato e por isso crê que sua ação esteja permitida, há o erro de proibição direto, que pode acontecer se o autor não conhece a norma proibitiva ou,

⁹⁸ Para Brandão (2002, p. 195), o erro de tipo é aquele que incide sobre os elementos descritos no tipo penal, sejam eles fáticos, sejam normativos. Há, assim, uma diferença do antigo erro de fato, que versava apenas sobre as circunstâncias fáticas do tipo legal, enquanto o erro de tipo incide sobre qualquer circunstância, quer fática, quer normativa.

⁹⁹ Luzón Peña (1996, p. 440) defende que o dolo exige o conhecimento de todos os elementos do tipo (global) de injusto, ou seja, de todos os elementos, positivos ou negativos, que fundamentam a específica proibição e desvalorização jurídica da conduta, incluindo o conhecimento da ausência dos pressupostos das causas de justificação.

apesar de conhecê-la, a interpretou equivocadamente e por isso crê que não resulte aplicável. Também constitui erro de proibição direto aquele que recai sobre os elementos de valoração global do fato, na medida em que o questionado é o juízo de valor e não o conteúdo fático que lhe serve de base.

Por outro lado, no erro de proibição indireto, o agente apesar de atuar com pleno conhecimento da norma de proibição, acredita, erroneamente, que no caso concreto atua em seu favor uma norma contrária de natureza justificante por haver desconhecido os limites jurídicos de uma causa de justificação reconhecida ou aceite em seu benefício uma causa de justificação não acolhida pelo ordenamento jurídico. O erro de proibição indireto consiste, pois na aceitação equivocada de uma causa de justificação quando o autor erra acerca da existência ou limites da norma permissiva. Trata-se, também, de um erro acerca da permissividade¹⁰⁰.

Tal erro de proibição, dito indireto, está muito próximo do erro de tipo permissivo ou sobre as circunstâncias justificantes. Jescheck e Weigend (2002, p. 497) dizem que o erro de tipo permissivo está situado entre o de tipo e o de proibição indireto. A similitude com o erro de tipo reside em sua estrutura, pois o erro de tipo permissivo também se refere aos elementos descritivos e normativos de uma proposição jurídica, enquanto a semelhança com o erro de proibição indireto reside em suas repercussões, pois o conhecimento do tipo permanece intacto e, assim, a função de chamada deste surte plenos efeitos: simplesmente o erro provoca no autor a crença de que a norma de proibição cede excepcionalmente a proposição permissiva.

Para a culpabilidade, é preciso a possibilidade de conhecer a proibição do fato. Se há falta disso, ocorre o erro de proibição invencível, excluindo-se a

¹⁰⁰ Vide Jescheck, Weigend (2002, p. 496). O médico acredita poder operar sem o consentimento do paciente em virtude do exercício profissional da medicina (erro de existência). O mesmo médico que entende suficiente o consentimento pouco claro concedido por seu paciente (erro sobre os limites).

culpabilidade e toda a pena. No caso do erro vencível, não há a exclusão da culpabilidade, porque não desaparece a possibilidade de conhecer a proibição, mas se diminui a reprovação e a culpabilidade e, em consequência, a pena.

O erro de proibição invencível não pode conduzir a uma reprovação do autor, pois quem não está em situação de compreender o injusto do fato não manifesta uma atitude jurídica interna reprovável quando atenta contra o Direito¹⁰¹. Essa classe de erro exclui a culpabilidade, o que não se dá no caso do erro de proibição vencível, quando é possível a expressão de uma reprovação de culpabilidade se, em relação com a adequação ao Direito, o autor atuava de boa-fé, mesmo se omitido de realizar todos os esforços que lhe são exigíveis no conhecimento do Direito.

Assim, o que importa, para o finalismo, não é se o autor conhece ou não, efetivamente, a proibição, mas se podia ou não conhecê-la, importando, no caso, o conhecimento potencial. É que, depois da saída do dolo natural da culpabilidade, ficou a potencial consciência da antijuridicidade.

Welzel (1997, p. 202-204) formula uma teoria dita extremada ou estrita da culpabilidade, segundo a qual todas as modalidades de erro de proibição possuem as mesmas consequências. Assim, o erro de proibição inevitável exclui a reprovação de culpabilidade e o erro de proibição evitável reduz a reprovação de culpabilidade, na medida da evitabilidade do erro.

Para essa teoria, a suposição errônea de que concorrem os pressupostos de uma causa de justificação constitui um erro de proibição. Entende-se que em tal caso o sujeito crê que atua justificadamente e, portanto, que seu fato não está proibido, que está permitido. A essa teoria se denominou teoria extremada ou estrita

¹⁰¹ Vide Jescheck, Weigend (2002, p. 491).

da culpabilidade, estendendo o esquema da teoria da culpabilidade inclusive ao erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação.

Ao lado da teoria extremada ou estrita da culpabilidade surgiu a teoria limitada da culpabilidade, segundo a qual, pode-se admitir a teoria da culpabilidade para o erro de proibição consistente no crer que uma conduta não está tipificada pela lei, mas não para a suposição errônea dos pressupostos de uma causa de justificação. Para essa situação seria aplicada a teoria do erro de tipo, se invencível exclui o dolo, se vencível pode-se punir por culpa, caso haja previsão legal.

Quem assim pensa parece adotar a teoria dos elementos negativos do tipo, pela qual o tipo penal, chamado de tipo total de injusto, é composto do tipo positivo mais o negativo. A suposição equivocada de que concorrem aqueles pressupostos supõe um erro sobre o tipo negativo e, conseqüentemente, ao tipo total de injusto, sendo um erro de tipo. Mir Puig (1998, p. 565) diz que, em contrapartida, será erro de proibição quem, sem errar sobre a situação, crê, equivocadamente, que lhe assiste uma causa de justificação que o Direito vigente não admite¹⁰².

A teoria dos elementos negativos do tipo chega à mesma conclusão que a teoria limitada da culpabilidade, em relação ao erro de tipo permissivo, ao incluir os pressupostos da justificação no tipo legal como circunstâncias negativas.

Santos (2006, p. 300) relata que a teoria limitada da culpabilidade tem por característica a equiparação do erro de tipo permissivo ao erro de tipo, com base no argumento de que o autor quer agir conforme a norma jurídica, mas erra sobre a verdade do fato. A representação errônea da existência de situação justificante exclui o dolo, como decisão fundada no conhecimento das circunstâncias do tipo

¹⁰² Roxin (1997, p. 579) diz que um dos problemas mais discutidos da teoria do erro é o de como se há de tratar o caso em que o sujeito representa erroneamente os pressupostos materiais de uma causa de justificação. O exemplo mais conhecido é o da legítima defesa putativa. Alguém toma por um ladrão uma pessoa apressada que lhe pergunta as horas ou o caminho, matando-o.

legal, mas no desconhecimento da inexistência da situação justificante, cuja errônea admissão significa que o autor não sabe o que faz, ao contrário das outras espécies do erro de proibição, em que o autor sabe o que faz, erra sobre a juridicidade do fato.

Bitencourt (2003, p. 347), com forte influência de Jescheck e Weigend, defende que o erro de tipo permissivo é um misto de erro de tipo e erro de proibição indireto, sendo, segundo as palavras de Wessels (1976, p. 105), um erro eclético. O erro de tipo permissivo, para Bitencourt (2003, p. 347), possui estrutura parecida com o erro de tipo, mas com conseqüência semelhante ao erro de proibição.

O Código Penal brasileiro equipara a errônea suposição de fato que ensejaria uma causa de justificação ao erro de tipo, pois adota a teoria limitada da culpabilidade¹⁰³. Para essa teoria, que admite um resultado semelhante às conseqüências da teoria dos elementos negativos do tipo, porém com o fundamento de que o erro evitável sobre os pressupostos de uma causa de justificação não se considera erro de tipo, mas apesar disso, há ser considerado, analogicamente, como se fosse, em razão de sua estrutura similar ao erro de tipo. Desse modo, quem age sob o manto de erro sobre uma causa de justificação está excluído do injusto do fato doloso¹⁰⁴.

Jescheck e Weigend (2002, p. 499) defendem que a melhor teoria para explicar o erro de tipo permissivo seria a da culpabilidade orientada às conseqüências jurídicas, pois apesar de realizar o injusto doloso de ação, o agente somente é castigado por culpa (imprudência). Segundo ele, o motivo do tratamento privilegiado do erro de tipo permissivo nas hipóteses do erro de proibição indireto reside em seu diminuto desvalor da ação. Tal diminuição se justifica em razão de o

¹⁰³ Cf. Brandão (2002, p. 206).

¹⁰⁴ Cf. Jescheck, Weigend (2002, p. 499).

sujeito estar agindo sob a crença da existência de uma causa de justificação reconhecida pelo Direito – legalmente prevista – e não suposta, como acontece no erro de proibição indireto.

Em outro giro, o conteúdo da culpabilidade é diverso dos delitos dolosos porque a motivação que conduziu à formação do dolo do fato não reside na ausência de uma atitude interna, mas de uma análise pouco cuidadosa da situação¹⁰⁵. De qualquer modo, seja adotando-se a teoria dos elementos negativos do tipo, seja perfilando-se à teoria limitada da culpabilidade ou a teoria da culpabilidade orientada às conseqüências jurídicas, o resultado sempre será o de considerar o erro de tipo permissivo, ou seja, aquele sobre as causas de justificação, como erro de tipo.

3.4.2 A exclusão da culpabilidade pela ausência da possibilidade de compreensão do injusto nos crimes contra a ordem tributária

Já se disse da complexidade das normas tributárias. De acordo com Santos Júnior (2007, p. 1), a legislação tributária possui mais de 55.767 artigos, 33.374 parágrafos, 23.497 incisos e 9.956 alíneas, sendo evidente que, nesse emaranhado de leis e regulamentos, muitos contribuintes se vêem na incerteza do alcance e do âmbito aplicativo de tais dispositivos. Nessas hipóteses é possível a ocorrência de erro de proibição que impede a concretização da sanção penal.

¹⁰⁵ Jescheck e Weigend (2002, p. 500-501) dão os seguintes exemplos para diferenciar o erro de tipo permissivo do erro de proibição indireto: Se o pai interpretou equivocadamente uma falta do filho que foi objeto de correção, está-se na presença de erro de tipo permissivo; pelo contrário, se por causa de uma idéia equivocada se excedeu no direito de correção pela classe e extensão do castigo, então existe um erro de proibição indireto acerca dos limites daquele. Se por um equívoco acerca da intensidade do ataque, a vítima ultrapassa os limites da defesa necessária, está-se diante de um erro de tipo permissivo; do contrário, ocorrerá um erro de proibição se desconhece as restrições que a jurisprudência exige acerca da adequação da ação defensiva.

Monte (2006, p. 102) assevera que para haver erro e a conseqüente isenção de pena é necessário: 1) que haja uma interpretação errônea das normas tributárias (termo que agrupa não apenas as leis em sentido formal, mas também as fontes secundárias, os regulamentos); 2) que haja objetiva incerteza do alcance e do âmbito de aplicação das normas.

Para explicar o que seria a incerteza objetiva, Monte (2004, p. 103) exemplifica com as orientações jurisprudenciais contrastantes, a prática e instruções contraditórias da Administração financeira e as promulgações de novas orientações normativas, sobre as quais ainda não está formada uma sólida orientação aplicativa. Há também incerteza objetiva das normas quando uma disposição tributária, essencial para descrever o âmbito do tipo penal tributário, admite uma pluralidade de significados, de alguma forma fundados ou que, de alguma maneira, se possa contemplar razoavelmente, tendo como referência não o intérprete médio, mas o especialista na área.

Problema maior, na aplicação da legislação tributária, se dá quando da forte divergência entre a doutrina, a jurisprudência e a administração. Nesse caso, não há outra solução senão aguardar a palavra final do Judiciário, correndo-se o risco de decisões contrastantes enquanto não houver julgamento final em última instância. Essa hipótese aconteceu no Brasil, em relação à natureza dos crimes contra a ordem tributária e a necessidade de prévio exaurimento do procedimento administrativo como condição de procedibilidade para o exercício da ação penal, polêmica que só veio a ser dirimida com o julgamento do Habeas Corpus n. 81.611-8/DF (BRASIL, 2005d, p. 6).

É importante registrar que é uníssona na doutrina a possibilidade de o contribuinte, utilizando-se de meios lícitos, evitar, retardar ou reduzir o pagamento de

um tributo antes da ocorrência do fato gerador, fenômeno a que se dá o nome elisão tributária. Por esse procedimento, o contribuinte, aproveitando-se de lacunas e imperfeições da lei tributária, escapa da tributação, adaptando juridicamente os fatos a serem tributados da forma mais benéfica possível, sem desnaturá-los a ponto de não produzirem os efeitos econômicos ou possuam a utilidade comercial que estimule a sua concretização¹⁰⁶.

O STJ, em pelo menos duas ocasiões, no julgamento do RHC 4146/SP (BRASIL, 1995, p. 9278)¹⁰⁷ e no do RHC 4772/SP (BRASIL, 1996a, p. 36651)¹⁰⁸, se manifestou a respeito da aplicação do erro de proibição nos crimes financeiros. No primeiro caso, julgado pela quinta turma, o Tribunal reconheceu a ocorrência do erro de proibição e, no segundo, julgado pela sexta turma, negou-lhe a existência. Tais julgamentos são incomuns no âmbito do STJ, porque se trata de matéria de prova,

¹⁰⁶ Cf. GUTIERREZ (2006, p. 73).

¹⁰⁷ RECURSO DE "HABEAS CORPUS" - DENÚNCIA SEM INQUÉRITO POLICIAL - POSSIBILIDADE - CRIME PREVISTO NO ART. 17 DA LEI 2.492/86 - OCORRÊNCIA DE ERRO DE PROIBIÇÃO - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. - A falta de inquérito policial não é óbice para o oferecimento da denúncia, se atentarmos para o caráter subsidiário desta (CF/88, art. 129, I e VIII, e C.P.P., art.12). - A tipificação de delito do art. 17 da lei 7.492, de 16 de junho de 1986, na conduta dos diretores de consórcios, "emprestando" numerário de seus recursos próprios, só pode ocorrer quando haja consciência da prática de tal delito; "contrario sensu", estaríamos diante de um "erro sobre a ilicitude do fato" ou "erro de proibição" de que trata o art. 21 do c.p., o que afasta a culpabilidade do agente. - Embora sabido que o "erro de proibição" é matéria que deve ser comumente analisada juntamente com o mérito, já que diz respeito à culpabilidade, no entanto, quando "ictu oculi", exsurge, clara e patente, a falta de ilicitude dos acusados, em caráter excepcional, dela se pode conhecer, via remédio heróico. - Recurso a que se dá provimento para determinar o trancamento da ação penal, por falta de justa causa. (RHC 4146/SP, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, Rel. p/ Acórdão Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 15.03.1995, DJ 10.04.1995 p. 9278)

¹⁰⁸ RHC - PENAL - PROCESSUAL PENAL - ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO - DENÚNCIA - CRIMES SOCIETARIOS - A infração penal, por ser conduta proibida, implica reprovação ao agente. Ocorre, pois, culpabilidade, no sentido de censura ao sujeito ativo. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, exclui a punibilidade. Evidente, as circunstâncias não acarretam a mencionada censura. Não se confunde com o desconhecimento da lei. Este é irrelevante. A consciência da ilicitude resulta da apreensão do sentido axiológico das normas de cultura, independentemente de leitura do texto legal. A denúncia deve descrever o fato imputado de modo a ensejar individualização da conduta, a fim de possibilitar, no sentido material, o contraditório e o exercício da plenitude de defesa. A exigência alcança também o chamado crime societário e os delitos de concurso de pessoas. (RHC 4772/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 27.05.1996, DJ 30.09.1996 p. 36651) (BRASIL, 1996a, p. 36651).

de exame de mérito, e a Súmula nº. 7 (BRASIL, 1990c, p. 6478) proíbe o recurso especial para reexame de prova¹⁰⁹.

Os casos eram bastante semelhantes, pois tratavam de recebimento de empréstimos efetuados por empresas de consórcios em favor das administradoras: O RHC 4146/SP cuidava de operações do Consórcio Nacional GM Ltda., em favor de General Motors do Brasil e o RHC 4772/SP (BRASIL, 1996a, p. 36651) do Consórcio Nacional Ford em prol da Autolatina. Em ambos, as empresas beneficiadas detinham o controle acionário das que lhe emprestavam os recursos, fato configurador, no entender do Ministério Público, do delito tipificado no art. 17¹¹⁰, c.c. os arts. 1º e 25¹¹¹, da Lei 7.492/96.

A defesa, realizada pelos mesmos advogados, argüiu a existência de erro de proibição inevitável, em face da conduta anterior da Secretaria da Receita Federal e do Banco Central do Brasil, órgãos fiscalizadores que, examinando a documentação das empresas, nunca fizeram nenhuma objeção aos mencionados mútuos, exigindo, ao contrário, que a contabilidade do Consórcio fosse separada da dos grupos

¹⁰⁹ A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL. (CORTE ESPECIAL, julgado em 28.06.1990, DJ 03.07.1990 p. 6478) (BRASIL, 1990c, p. 6478).

¹¹⁰ Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consangüíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

I - em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo;

II - de forma disfarçada, promover a distribuição ou receber lucros de instituição financeira.

¹¹¹ Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).

§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico.

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)

consorciados, bem como que constasse do plano de contas a rubrica “valores a receber de sociedades coligadas”.

No primeiro processo – RHC 4146/SP, foi reconhecida, por maioria de votos, pela quinta turma do STJ a ocorrência do erro de proibição, porque ao longo dos anos o Consórcio Nacional GM repassou os recursos disponibilizados à empresa mãe, continuando esse comportamento após a vigência da Lei 7.492/86, sem que a Receita Federal lhe impusesse qualquer modificação, mesmo depois de passado o controle das operações para o Banco Central. No segundo processo – RHC 4772/SP (BRASIL, 1996a, p. 36651), a sexta turma do STJ, por maioria de votos, vencido o relator, rejeitou a tese da ocorrência do erro de proibição, com o voto de Cernicchiaro, segundo o qual o que teria ocorrido seria o desconhecimento da lei e não erro sobre a ilicitude do fato. Para ele, no erro sobre a ilicitude o agente pensa ser lícita e autorizada a sua conduta, enquanto no desconhecimento da lei, sente a ilicitude, embora não saiba capitular o comportamento no Código Penal ou em lei especial dessa natureza, tendo levado a argumentação dos impetrantes à conclusão de que a conduta foi praticada por desconhecimento do art. 17 da Lei nº. 7.492/86.

Nesses dois julgamentos, díspares sobre a mesma matéria, a primeira posição – a de reconhecer a ocorrência do erro de proibição – parece a mais acertada, porque ao longo dos anos a conduta dos impetrantes foi tida como correta, tanto que a Secretaria da Receita Federal e Banco Central do Brasil, em nenhum momento demonstraram estar ela fora dos padrões da lei. Ao contrário, a regulamentaram e ainda autorizaram seguidamente a abertura de novos consórcios, induzindo em erro os pacientes, pois ninguém melhor do que os órgãos fiscalizadores para conhecerem da intrincada e complexa legislação fiscal e financeira.

CAPÍTULO 4 - A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E A SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

4.1 EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DA (IN) EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A inexigibilidade de conduta diversa surge, na doutrina, como causa de exclusão da culpabilidade com a teoria psicológico-normativa desenvolvida por Frank (2002) em contraposição à teoria psicológica que somente previa o dolo e a culpa. Frank (2002, p. 30) defendeu que se o conceito de culpabilidade se reduz à soma do dolo e imprudência e se estes constituem apenas a realização consciente ou descuidada do resultado, não se explica como se poderia excluir a culpabilidade mediante o estado de necessidade, já que, neste caso, o autor, sabe o que faz.

As circunstâncias concomitantes e seu significado em matéria de culpabilidade, defendidas por Frank (2002), foram a base do princípio de inexigibilidade, que prosperou depois na doutrina de Goldschmidt (2002) e Freudenthal (2003), que procederam à diferenciação entre reprovação e não reprovação a partir da idéia de exigibilidade, desenvolvendo a teoria desta última como elemento da culpabilidade, sendo que a proposta de Goldschmidt (2002) era a consequência da aplicação prática da teoria das normas de dever e a intenção de Freudenthal (2003) era de humanizar o juízo de culpabilidade e realizar a justiça individual¹¹².

¹¹² Jakobs (1997, p. 569), ao fazer uma análise das palavras de Frank (2002), diz que, na culpabilidade, dolo e culpa possuem importância secundária, posto que a culpabilidade seria a reprovação de um comportamento, dividida em “constituição psíquica normal” mais “relação psíquica com o fato” mais “configuração normal das circunstâncias nas quais o autor age”.

Em seu estudo, Goldschmidt (2002) buscou elaborar definitivamente a teoria do elemento normativo da culpabilidade, em uma tentativa de compreender a reprovação da infração de uma norma de dever específica, bem como almejou localizar as causas de exculpação em um lugar determinado dentro da categoria da culpabilidade¹¹³. Dessa maneira, ele procurou resolver um problema dogmático de grande relevância, que é onde se localiza, sistematicamente, o estado de necessidade exculpante.

Goldschmidt (2002, p. 97) afirma que, ao lado de toda norma explícita de Direito que exige do indivíduo uma determinada conduta externa, existe, implicitamente, uma norma de conduta interna, que corresponde às exigências que o ordenamento jurídico estabelece quanto à sua conduta exterior. A norma de conduta externa seria o aspecto legal, enquanto a interna seria a exigibilidade, de correspondência ou não com a norma de dever.

A infração às normas de Direito determina a antijuridicidade e a infringência às de dever fundamenta a reprovação, necessária à culpabilidade, porém, é possível se ferir uma norma de dever sem atuar culpavelmente, quando cabível invocar uma causa de exculpação, como é possível se infringir uma norma de Direito sem agir antijuridicamente, quando se invoque uma causa de exclusão da ilicitude.

Para Goldschmidt (2002, p. 100), a reprovabilidade é não se deixar motivar pela representação do dever, apesar de lhe ser exigida dita motivação, e por isso a exigibilidade é um dever que sempre pressupõe um poder, o qual existe quando há imputabilidade, significado conhecido ou conhecível e motivação normal¹¹⁴, tendo se desenvolvido sobre essa base um complexo sistema de causas de exculpação, distintas das causas de justificação e das de exclusão das penas.

¹¹³ Cf. CORREA (2004, p. 12).

¹¹⁴ Cf. CORREA (2004, p. 13).

Foi Freudenthal (2003, p. 71) quem melhor desenvolveu, na época, a questão da inexigibilidade de conduta diversa, ao enfatizar que as circunstâncias estão configuradas quando, para não realizar o fato, seja necessária uma força de resistência tal que não se possa exigir normalmente de ninguém, pois falta juntamente com o poder a reprovação, e conseqüentemente a culpabilidade, por ausência, no momento do fato, do dever ou do poder.

A culpabilidade implica sempre uma reprovação pelo agente haver atuado de uma forma quando deveria e podia se comportar de outra. Esse atuar depende das circunstâncias concomitantes, assim, se no caso concreto, estas são de tal natureza, que para evitar a realização do fato, não fosse possível se exigir um grau de capacidade de resistência desumano, é possível afirmar que falta com o poder agir de outra maneira a reprovação e com esta a culpabilidade (FREUDENTHAL, 2003, p. 71).

A partir desse ponto de vista, Freudenthal (2003, p. 85) postulou a possibilidade de aplicação da inexigibilidade nas formas de culpabilidade até então conhecidas (dolo e culpa), distanciando-se da doutrina e jurisprudência dominantes até aquele momento, que a admitiam somente nos casos culposos, sem restrição alguma, enquanto nos dolosos era permitida apenas às hipóteses do estado de necessidade. Na opinião de Freudenthal (2003, p. 85), quando as circunstâncias são tais que qualquer um atuaria como o agente, falta, tanto no dolo quanto na de culpa, a possibilidade de formular o juízo de reprovação.

Freudenthal (2003) erigiu a exigibilidade a fundamento da reprovabilidade e defendeu-lhe a operatividade por meio de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade para os casos não abarcados pelas causas de exculpação previstas na lei. A aceitação, pela maioria da doutrina, de que a inexigibilidade é uma causa

supralegal de exclusão da culpabilidade nos delitos dolosos e culposos leva à conclusão de que se está diante de um conceito mais amplo do que simplesmente a possibilidade de consciência da antijuridicidade do comportamento.

Apesar disso, a inexigibilidade sofreu pesadas críticas, especialmente relacionadas à sua possibilidade de aplicação supralegal. Mezger (2000, p. 272-273), ao construir nas causas de justificação um estado de necessidade supralegal, no qual se podem alojar casos de evidente ausência do injusto sem que possuam rigorosa previsão legal, diz que não se pode deixar de reconhecer que tal formulação geral do conceito da não exigibilidade encerra o perigo de uma justificação excessivamente ampla da ação típica, apesar de reconhecer que tal princípio foi aplicado no caso do “cavalo que não obedece às rédeas”, ao caso do pai que se opõe a que seu filho seja operado, à interrupção da gravidez e a outros casos análogos.

Assim como Mezger (2000), outros autores também criticaram a inexigibilidade de conduta diversa, entre eles Maurach e Zipf (1994, p. 552), que não a localizaram no final da culpabilidade, como faz a maioria da doutrina, mas no seu início, antes mesmo de tratar de seus elementos positivos, a imputabilidade e a consciência potencial da ilicitude, porque a inexigibilidade não faz desaparecer a reprovação individual, mas o juízo geral de que o agente não se comportou como faria o homem médio, portanto, também os inimputáveis poderiam alegar a seu favor a ocorrência da inexigibilidade.

Para Maurach e Zipf (1994, p. 557), após o reconhecimento pela legislação penal alemã das hipóteses legais das causas excludentes da culpabilidade por inexigibilidade, não há que se falar em estado de necessidade exculpante supralegal, porque, em relação à culpabilidade, não vigem as mesmas regras que

permitem as causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, pois em relação àquela há a exigência de um sistema fechado em torno de si mesmo.

Eles defendiam a existência de uma diferença fundamental entre as categorias de antijuridicidade e culpabilidade, pois na primeira existe uma lacuna jurídica, cuja existência permite a construção das causas de justificação, enquanto na segunda, sua exclusão deve ser expressamente prevista, por esse motivo, não seria possível a exclusão por analogia em matéria de culpabilidade.

Também para Jescheck e Weigend (2002, p. 542), a teoria que considera a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade deve ser rechaçada depois que o Reichsgericht decidiu que “de acordo com o Direito vigente, nos crimes dolosos, ao autor não podem ser concedidas outras causas de exculpação senão aquelas previstas na lei” e também se impõe na ciência a idéia de que o Direito Penal necessita de critérios no âmbito da culpabilidade que, certamente, tanto devem ajustar-se à valoração da formação da vontade quanto devem estar formalizados e legalmente determinados. Para ele, uma causa de exculpação supralegal como a da inexigibilidade, que tanto se entende objetiva quanto subjetivamente, debilitaria o efeito da prevenção geral do Direito Penal e conduziria à desigualdade na aplicação do Direito, pois a inexigibilidade não seria um critério idôneo.

Jescheck e Weigend (2002, p. 542-543) afirmam que a inexigibilidade restringiria a punibilidade em determinados casos, mas nos casos em que restringe não se pode entender como uma causa supralegal de exculpação, pois a lei expressamente a prevê. Os casos seriam o favorecimento pessoal, quando o objetivo do autor fosse encobrir o próprio castigo, e o favorecimento entre parentes previsto no § 139 e § 258 VI, do Código Penal alemão.

Pelo menos na Espanha e no Brasil a posição de Maurach e Zipf (1994) e Jescheck e Weigend (2002) não tem tido adeptos na maioria da doutrina. Na Espanha, Mir Puig (1998, p. 620) rebate a posição de Jescheck e Weigend afirmando que ela não é convincente e demonstra a inidoneidade da idéia do poder atuar de outro modo como fundamento da responsabilidade, pois não é satisfatório incluir na culpabilidade uma categoria híbrida de injusto e culpabilidade com a pretensão de explicar a isenção de pena sem excluir nem o injusto nem a culpabilidade, não convencendo a tese de que o Direito renuncia à punição por ser insignificante o injusto culpável que subsiste.

Mir Puig (1998, p. 620) defende que a melhor posição foi daqueles que conceberam a teoria normativa da culpabilidade, Frank (2002), Goldschmidt (2002) e Freudenthal (2003), segundo os quais não se castiga por que falta a responsabilidade penal, que pressupõe uma situação motivacional na qual seja possível ao homem normal evitar o injusto. Isso confirmaria a conveniência de renunciar a fundamentação da responsabilidade penal na indemonstrável hipótese do livre-arbítrio. Basta que falte ao autor a capacidade de tomar sua decisão com apoio nas leis de uma motivação normal.

A opinião de Maurach e Zipf, de não ser possível a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, não encontra sustentação no Direito Penal moderno que admite a aplicação da analogia a favor do réu, em razão da existência de lacunas na lei, ante a mobilidade e a evolução da sociedade, faltando ao legislador a onipresença e onisciência capazes de prever todas as situações do mundo dos fatos.

Por outro lado, é importante registrar, como fez Pardos (2002, p. 231), que a rejeição pelo Reichsgericht, em 1932, da tese da aplicação da causa supralegal de

exclusão da culpabilidade nos delitos dolosos de ação e a doutrina de Maurach e seus seguidores estavam contaminadas, em muitos pontos, pela ideologia nazista, pois é impossível manter a idéia de culpabilidade sem reconhecer a inexigibilidade.

Brandão (2005, p. 219), apesar de não criticar frontalmente a posição de Maurach e Zipf, também defende a aplicação de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa pela insuficiência do silogismo legal, que obviamente não contempla tais causas, devendo se valorar o homem pelo reconhecimento de circunstâncias concretas que afastam a aplicação do tipo penal, utilizando-se da tópica para aumentar a liberdade.

O juiz não pode deixar de decidir, sob o argumento da ausência do texto da lei. É evidente que, quando se tratar de normas penais incriminadoras, deve imperar o princípio constitucional da reserva legal, em outras palavras, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, o mesmo não se dando quanto às normas não incriminadoras, que aumentam o espectro da não punibilidade, como é o caso da inexigibilidade de conduta diversa.

Assim, como disse Adeodato (2002, p. 280), parece mais adequada a teoria de que o fundamento das decisões jurídicas são *topoi*, opiniões mais ou menos indefinidas a que a maioria adere, preenchendo os inevitáveis pontos obscuros e ambíguos com a sua própria opinião pessoal¹¹⁵.

O finalismo, que surgiu com força no pós segunda guerra mundial, ou seja, no pós nazismo, ao tempo em que representou a evolução das teorias até então adotadas, também rompeu com a idéia da não possibilidade de aplicação da inexigibilidade como causa supralegal de exculpação, adotando posição contrária à defendida por Maurach e Zipf (1994) e Jescheck e Weigend (2002).

¹¹⁵ Segundo Brandão (2005, p. 217), nos anos cinquenta do século vinte, Theodore Viehweg chama atenção para a tópica, sendo esta a compreensão dos fatos, por meio de tópicos ou *topoi*.

Na concepção de Welzel (1997, p. 181), a capacidade de culpabilidade possui um momento cognoscitivo (intelectual) e outro da vontade (volitivo), além da capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Para ele, o elemento intelectual da capacidade de culpabilidade é a possibilidade de compreensão do injusto material, entendida como a possibilidade de reconhecer que sua ação é uma transgressão daquelas normas sociais que são indispensáveis para a vida em comum.

Segundo Welzel (1997, p. 196), o erro de proibição inevitável exclui a culpabilidade, em razão de ser o erro sobre a antijuridicidade do fato, com pleno conhecimento da realização do tipo, quando o agente sabe o que faz, mas supõe, erroneamente, que está permitido, não conhecendo a norma jurídica ou não a conhecendo bem ou, então, supõe, erroneamente, que está diante de uma causa de justificação.

Pois somente se pode reprovar a conduta do agente quando este estiver em situação de reconhecer a antijuridicidade de sua ação, pois é muito mais fácil se conduzir quando a norma é conhecida, independentemente de haver ou não a possibilidade de conhecê-la, ao contrário, quando não a conhece, mas podia conhecer e não agiu com um pouco mais de cautela e um maior esforço de consciência, há a reprovação da conduta.

Quanto ao terceiro elemento, Welzel (1997, p. 210) o denominou de exigibilidade de obediência ao Direito, em razão de o conhecimento do injusto não ser suficiente para fundamentar completamente a reprovação da vontade, pois o Direito exige do agente imputável e que podia conhecer a antijuridicidade, que determine sua vontade segundo essa compreensão. Porém, mesmo quando atua com pleno conhecimento do injusto, existem situações nas quais não é exigida do

agente imputável uma conduta conforme o Direito, aplicando-se a inexigibilidade de conduta diversa para exculpar.

De acordo com Welzel (1997, p. 211), a inexigibilidade de conduta conforme o Direito não é uma causa excludente da culpabilidade como o é a inimputabilidade e o erro de proibição inevitável, mas uma causa fática de exculpação, no sentido de que o ordenamento jurídico concede perdão ao autor, apesar da existência da culpabilidade. Para o finalismo, a inexigibilidade de conduta conforme o Direito é uma causa notável de diminuição do injusto da ação para a salvação de um bem jurídico, levando o ordenamento a desculpar essa conduta típica realizada pelo sujeito sob uma pressão que restringe a autonomia de sua vontade.

Conforme defende Brandão (2005, p. 223), a concepção finalista da culpabilidade é chamada de teoria normativa pura, porque somente a compõem os elementos cujos conceitos são normativos, ou seja, juízos jurídicos, portanto, a culpabilidade será a censura realizada sobre a conduta de alguém pela concorrência simultânea da imputabilidade, da exigibilidade de conduta diversa e da consciência da antijuridicidade.

São evidentes as diferenças entre as concepções da teoria normativa¹¹⁶ e da teoria normativa pura da culpabilidade, porque para a primeira a questão da inexigibilidade deve ser abordada após a comprovação da presença da imputabilidade e do dolo ou da culpa, enquanto que para a segunda é preciso, ao invés do dolo e da culpa, a demonstração da possibilidade do conhecimento da antijuridicidade do fato, permanecendo necessária, também, a comprovação da imputabilidade do agente.

¹¹⁶ No Brasil, a teoria de Frank (2002), Goldschmidt (2002) e Freudenthal (2003) a respeito da culpabilidade é denominada de psicológico-normativa, porque nela ainda se encontra o dolo e a culpa.

Posteriormente, com Jakobs (1997), se desenvolveu a concepção funcionalista da culpabilidade, buscando demonstrar qual a missão que desempenha o seu conceito na motivação antijurídica do agente. Este deve ser castigado quando o injusto e a culpabilidade não estiverem minimizados por nenhuma causa e quando houver um déficit na motivação antijurídica do agente, servindo a punição para manter a confiança geral na norma. Com base nesse fim da pena, o conceito de culpabilidade não se orienta ao futuro, mas ao presente, na medida em que o Direito penal funciona para estabilizar o ordenamento jurídico.

Afirma, nesse passo, que o conceito de culpabilidade configura-se funcionalmente, por render um fruto de regulação, de acordo com determinados princípios e conforme os requisitos dos fins da pena para uma sociedade determinada, sendo o fim da pena de tipo preventivo geral, na medida em que trata de manter o reconhecimento geral da norma.

Em relação à inexigibilidade, Jakobs (1997, p. 597), primeiro defende a existência de um tipo de culpabilidade formado pelos elementos que realizados determinam a deslealdade ao Direito, ou seja, a motivação juridicamente incorreta e a responsabilidade do agente por isso, segundo afirma que a relação das causas de inexigibilidade com o tipo de culpabilidade é semelhante à das de justificação com o tipo de injusto. A ausência da inexigibilidade não é condição da culpabilidade, pois não existem condições negativas, assim a presença daquela impede esta.

Comporiam os elementos positivos da culpabilidade a imputabilidade e a consciência potencial da ilicitude, enquanto a inexigibilidade de conduta diversa seria o seu elemento negativo. Em uma investigação judicial a respeito de um delito, a acusação é obrigada a provar a imputabilidade e a consciência potencial da ilicitude, como elementos caracterizadores da culpabilidade, enquanto a

inexigibilidade como causa negativa, ou seja, comprovada a sua existência haveria uma absolvição por ser o acusado inculpável.

Essa parece ser a melhor solução, porque não cria um elemento intermediário, situado entre o injusto e a culpabilidade, como defende Bacigalupo, E. (2005, p. 365-366)¹¹⁷, causando mais confusão e perplexidade diante de um tema tão sensível. A inexigibilidade de conduta diversa é sim um elemento da culpabilidade e trata de seu conteúdo, desde Freudenthal (2003).

4.2 PAPEL PRECURSOR DO REICHSGERICHT

Asúa (1995, p. 274) relata que o Reichsgericht foi construindo, a partir de decisões de casos concretos, a doutrina da inexigibilidade de outra conduta, posteriormente elaborada, como teoria, por Freudenthal (2003) e, depois, por Mezger (2000).

O caso mais famoso, considerado exemplo na aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade, é o do Leinenfänger – cavalo que não obedece à rédea. Ora, o proprietário de um cavalo ressabiado e indolente ordenou ao cavaleiro que selasse o animal e saísse à rua com a finalidade de realizar certo serviço. O cavaleiro, prevendo a possibilidade de um acidente na hipótese de o animal se descontrolar, quis se opor à ordem, porém o patrão o ameaçou com demissão caso não a cumprisse, pelo que foi obedecido. Na rua, o animal rebelou-se e causou lesões a um pedestre.

¹¹⁷ Bacigalupo, E. (2005, p. 365-366), a partir das idéias de Armin Kaufmann, que considera o estado de necessidade exculpante como uma excludente que apenas se baseia na diminuição da ilicitude, defende que não se trata de um estágio anterior à culpabilidade, mas de uma situação intermediária posterior à justificação e independente da culpabilidade.

O Tribunal do Reich negou a culpabilidade do cavaleiro, porque, levando em consideração as circunstâncias do fato, não se lhe podia exigir a conduta de negar-se a executar a ação, sabidamente temerária, posto que isso o levaria à perda do emprego e de comida.

O caso se insere no campo da culpa no sentido estrito, pois o cavaleiro, mesmo se saísse sem a ordem do patrão, não deveria ser acusado de lesões corporais dolosas, dado que ocasionadas por uma conduta imprudente. O Reichsgericht, porém, não circunscreveu a aplicação da teoria aos fatos culposos, foi adiante, decidindo aplicar a doutrina da não exigibilidade de outra conduta também aos fatos ditos dolosos.

Na aplicação da inexigibilidade de conduta diversa aos fatos dolosos pelo Reichsgericht cita-se, também, o da “parteira e dos mineiros”, conhecido como Klapperstorch, conforme registrado por Freudenthal (2003, p. 86). Segundo o relato, houve um acordo entre a empresa mineradora e os empregados, pelo qual, no dia em que a mulher de um deles desse à luz um filho, naquela data o mineiro estaria dispensado do serviço e receberia o salário como se trabalhado tivesse. Os operários, então, ameaçando não mais procurar os serviços da parteira, exigiram que ela, em caso de parto no domingo, deveria declará-lo ocorrido em dia útil, de modo que ela, com medo de perder a clientela e sua única fonte de renda (a vila era formada unicamente por trabalhadores nas minas) foi responsável por diversas inscrições falsas no registro civil. No caso, o Tribunal absolveu a parteira e condenou os responsáveis pela ameaça.

Um outro exemplo, em fatos dolosos, é o relatado por Freudenthal (2003, p. 87-88), acerca da “siciliana” Terranova, de dezenove anos de idade, que matou o tio e a tia, que a fizeram vir até New York havia sete anos. O tio, com o conhecimento

da tia, a seduziu e com ela manteve relações sexuais. Posteriormente, um jovem italiano desposou a jovem siciliana e viveram felizes até que a tia revelou-lhe o ocorrido, em razão do que ele a abandonou.

Seguindo uma concepção popular na Sicília, a moça resolveu vingar-se dos tios para restaurar a honra, no que teve êxito – assim relatou, com o rosto radiante, no júzo oral: armara-se com uma lâmina e os matou a punhaladas. Os jurados a absolveram e Freudenthal (2003) opina que a absolvição se justifica, porque em virtude das idéias dominantes no meio em que a jovem fora educada, não se lhe podia reprovar a conduta.

No Brasil, em uma cidade do interior nordestino, Oeiras, no Piauí, realizou-se um julgamento, pelo Tribunal Popular do Júri, quando os jurados acataram a tese de coação irresistível, prevista no art. 22 do Código Penal, para uma denúncia de homicídio qualificado praticado por um homem, na verdade o irmão mais velho de uma mulher, que teria sido seduzida pela vítima. A defesa, no plenário, alegou que a coação moral da sociedade do lugar onde morava o réu, fora irresistível, já que o pressionava a tomar uma atitude diante do falastrão que, além de comentar publicamente o defloramento, ainda dizia que o próximo alvo seria a irmã mais nova.

Os jurados, à unanimidade, reconheceram a tese da defesa e absolveram o acusado, levantando a revolta da acusação e o inconformismo da família da vítima que não entendia o fato de o homicídio haver-se dado de emboscada, portanto, sem estar configurada a legítima defesa. Tal fundamento de absolvição se justifica sob a modalidade de excludente da culpabilidade, porque está caracterizada a inexigibilidade de conduta diversa. No caso, dadas as circunstâncias, não era exigível do acusado outra conduta senão a de ceifar a vida do sedutor para

restabelecer a honra da irmã seduzida, dele próprio e da família, em razão dos costumes vigentes nas comunidades do interior do Nordeste brasileiro.

Outro caso muito interessante foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹¹⁸. Tratou-se de um recurso de uma sentença absolutória proferida pelo juiz federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, Francisco de Assis Betti, em um processo cuja denúncia imputava à ré Maria das Graças de Jesus a prática do crime previsto no art. 171, § 3º, do CP, por estar aposentada por invalidez pelo Funrural e também como trabalhadora urbana, sob o nome falso de Maria Oliveira da Silva.

A acusada, em juízo, confessou a conduta, mas ponderou que era portadora de hanseníase contagiante desde os 14 anos de idade, o que, por si só, atribui-lhe um fardo bastante pesado. A doença trouxe dores e seqüelas inerentes ao próprio corpo e a sociedade lhe aumentou o sofrimento ao exigir-lhe a marginalidade e o afastamento do convívio de todos, até mesmo dos filhos, sendo que o laudo pericial constatou infiltração no rosto e nos nódulos das orelhas, nas mãos, nos braços, joelhos e pés, além de anestesia térmica tátil dolorosa nestes e nas pernas e rarefação dos supercílios.

O juiz de 1º grau absolveu a acusada sob o fundamento da inexigibilidade de conduta diversa, já que não lhe foram assegurados os direitos fundamentais pela Constituição da República. A liberdade, porque não teria a faculdade de autodeterminar-se optando por este ou por aquele comportamento, como trabalho, estudo, família, etc. A igualdade, porque se vê obrigada a trancafiar-se num

¹¹⁸ PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 171, 3º, DO CÓDIGO PENAL. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. EXISTÊNCIA. 1. Embora a autoria e a materialidade restaram demonstradas, restou comprovada, *in casu*, a existência de inexigibilidade de conduta diversa, que possibilita a exclusão de ilicitude. 2. A natureza da enfermidade da apelante carece de relevância frente à aplicação do direito penal, devendo ser consideradas as circunstâncias em que os fatos ocorreram. 3. Apelação não provida. (Apelação Criminal 2001.38.00.011318-9, Rel. Desembargador Federal TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03.03.2008).

leprosário, distante de tudo o que ocorre na vida social, além da dignidade da pessoa humana (tratada pelos semelhantes com diferença e discriminação).

No Tribunal, o relator confirmou a tese da inexigibilidade de conduta diversa e acrescentou não se tratar de deixar impune um crime do qual se comprovou a materialidade e a autoria, mas, sim, de aplicação da lei penal em função de elementos que demonstram a condição pessoal, cultural e financeira da ré, dentro do contexto apresentado, uma vez que não se pode almejar o direito penal do terror e da punição pela punição, sem se levar em conta aspectos outros que não a letra fria da lei.

4.3 INEXIGIBILIDADE OU EXIGIBILIDADE DE CONDUTA CONFORME O DIREITO

Não há unanimidade a respeito do termo, alguns dizem que o terceiro elemento da culpabilidade chamar-se-ia exigibilidade de conduta diversa¹¹⁹, outros que se denominaria inexigibilidade de conduta diversa (PARDOS, 2002). Os termos não são sinônimos, tanto que um afirma a exigibilidade e o outro a nega, sem mencionar que Nahum (2001, p. 73) assevera que, desde a época de Goldschmidt (2002), exigibilidade e inexigibilidade aparecem, no seio do juízo de culpabilidade, como conceitos não simétricos: nem em todo caso que falte exigibilidade se irá falar em inexigibilidade, ao inimputável ou àquele que falta a significação antijurídica de sua conduta não se pode exigir o comportamento de acordo com o comando ou o dever-ser normativo.

¹¹⁹ Cf. Aguado (2003, p. 216-244).

Entretanto, nem o inimputável, a que faltaria a capacidade de culpabilidade, nem aquele que faltaria a significação jurídica de sua conduta, a quem se ausentaria o dolo, atuam amparados pela inexigibilidade.

Parte-se da premissa de que a inexigibilidade de conduta diversa é uma causa de exclusão da culpabilidade, ou seja, é o seu elemento negativo. Nahum (2001, p. 87) afirma que a inexigibilidade, na hipótese de excludente da culpabilidade, é decorrente do conteúdo material único dos elementos estruturais da culpabilidade, função motivadora da norma penal, constituída pela exigência de que o agente atue conforme sua personalidade adequada ao dever-ser normativo.

Segundo Welzel (1997, p. 210), estaria caracterizada a culpabilidade pela presença da imputabilidade e da possibilidade de conhecimento do injusto, porém isso não significa que o ordenamento jurídico não tenha razões para renunciar à reprovação da culpabilidade e exculpar o acusado, absolvendo-o da pena pela presença da inexigibilidade de conduta diversa.

Sob essa mesma concepção da existência de uma face negativa para a culpabilidade, Jakobs (1997, p. 601) formula-lhe o tipo negativo. Assim, a relação das causas de inexigibilidade com o tipo de culpabilidade é análoga à das causas de justificação com o tipo de injusto¹²⁰, sendo que a sua ausência não é condição para estar presente a culpabilidade, pois a inexigibilidade se apresenta como o tipo negativo da culpabilidade, ao passo que a imputabilidade e a consciência potencial da ilicitude se constituem nos elementos positivos.

¹²⁰ A respeito dos elementos negativos do tipo, Dias (2000, p. 88) afirma que a característica da evolução da teoria do tipo indiciário da antijuridicidade para a do tipo total de injusto está em que, mantendo-se a idéia de que o tipo é expressão da antijuridicidade, as causas de justificação deixam de ser consideradas como exceção a tal idéia, para serem considerados como seus elementos negativos. O tipo total do injusto (tipo-de-ilícito) contém todos os elementos, sejam eles positivos ou negativos.

A culpabilidade é diminuída ou excluída quando o sujeito age com o ânimo exculpante ou em um contexto exculpante, sendo que a obediência à norma é inexigível se a motivação não jurídica do agente imputável, que não respeita o fundamento de validade da norma, se explica por uma situação que, para o sujeito se constitui em uma desgraça, ou o agente é coagido, como no caso da coação moral irresistível. A inexigibilidade se fundamenta na situação de fato existente no momento da ação, pois o caráter ameaçador do contexto é que faz surgir a inexigibilidade de conduta diversa.

É preciso de já registrar que, nos julgamentos dos tribunais brasileiros, não há um questionamento prévio para caracterizar a culpabilidade, se o comportamento era exigível, porque a premissa é que toda conduta é exigível. Dessa forma, o Judiciário somente se manifesta a respeito da exigibilidade quando a defesa alega, em um caso concreto, que um determinado comportamento era inexigível, então, há um pronunciamento judicial a respeito da presença da exigibilidade, a partir da demonstração da não existência de elementos caracterizadores da inexigibilidade AGUADO (2003, p. 219), eis por que, sempre que se estuda a inexigibilidade de conduta diversa também se estuda a sua exigibilidade¹²¹.

A culpabilidade é a reprovação por ter o sujeito agido antijuridicamente, optando por um desvalor, quando podia se abster de fazê-lo, em razão de lhe ser facultado motivar-se pelo valor imposto pela norma e pelo valor da norma como dever. Se o juízo positivo de culpabilidade é a reprovação, tanto por inexistirem circunstâncias concomitantes produtoras de uma motivação anormal, quanto por ser dado ao sujeito a opção de comportar-se de acordo com a norma, há necessidade

¹²¹ No dizer de Reale Júnior (1971, p. 44), a exigibilidade e a não exigibilidade de um comportamento segundo a norma formam um todo, uma vez que no desenvolvimento da teoria normativa se põe o da não exigibilidade, sendo ambas, sob o aspecto lógico e dogmático “unum et idem”. Por isso, ao situar o exigível, se delimita e define o “não exigível”.

de se estabelecer qual o seu juízo negativo, tornando uma ação não reprovável por ser inexigível conforme o Direito.

Segundo Bettiol (1971, p. 139), essa normalidade das circunstâncias nas quais a ação se exteriorizou, significa não bastar que um sujeito capaz tenha previsto e querido um determinado evento lesivo, mas é necessário que a sua vontade haja podido determinar-se normalmente rumo à ação, pois essa determinação não pode ser exigida quando as condições de fato em que o indivíduo atua tornem impossível ou muito difícil a formação de um querer imune de defeitos¹²².

Tais considerações não podem levar a outra conclusão senão a de que a inexigibilidade nada tem a ver com a ineficiência do Direito ou seu caráter intimidativo: a inexigibilidade não é juízo a respeito de aspectos psicológicos do sujeito, mas acerca de uma situação concreta e material, na qual assume relevância a valoração do fato que faz o sujeito. Para Reale Júnior (1971, p. 46), na inexigibilidade não há renúncia ao Direito, mas uma sua revalorização numa situação em que estão presentes determinados requisitos objetivamente determinados.

A inexigibilidade não se reduz às situações nas quais o instinto de conservação determina a ação, porém implica uma valoração acerca de um conflito de valores - o da norma e o posto, em dado contexto, como motivo de agir. A inexigibilidade é um juízo de valor incidente na formação da vontade do sujeito e contém a valoração da situação na qual se torna imprescindível a presença de determinados requisitos objetivos de fundo fático e, depois, a avaliação da opção

¹²² Esse requisito surgiu concomitantemente com a concepção normativa da culpabilidade, atribuída a Frank (2002).

realizada em função de um valor que, nas circunstâncias, assume relevância perante o valor do Direito como deve ser.

Bettioli (1971, p. 142) afirma que a inexigibilidade não se trata de um abrandamento do Direito Penal em contraste com sua opção autoritária, porque o Direito Penal enfraquecido é apenas o que não pune, quando existem todos os pressupostos de uma punição, entre os quais o da culpabilidade. Quando, porém a culpabilidade não subsiste porque não se podia esperar do agente uma motivação normal, não se deve falar, sequer, de culpa.

4.4 A (IN) EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E O CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE

A (in) exigibilidade de conduta diversa aparece vinculada ao conceito material de culpabilidade, ou seja, trata do seu conteúdo, em que pesem as diversas discussões sobre o conteúdo da culpabilidade, é certo que compõem o seu conceito a imputabilidade, a consciência potencial da ilicitude e a (in) exigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade, segundo Pardos (2002, p. 453), é a relação de uma conduta antijurídica com a vontade representada como livre, que pode determinar-se de acordo com a norma.

Considerando a culpabilidade como reprovação, tanto pela inexistência de circunstâncias concomitantes que induzam a uma motivação anormal, quanto pela possibilidade de o agente optar adequadamente à norma, é possível concluir que a culpabilidade normativa e a inexigibilidade de conduta diversa formam um todo, como defende Reale (1971, p. 44), uma vez que no desenvolvimento daquela teoria

se põe o desenvolvimento da não exigibilidade, estando lógica e dogmaticamente vinculada, sendo que, ao dispor sobre o exigível, se delimita e define o não exigível.

A concepção da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade somente é possível a partir da compreensão do desvalor da conduta que permeia a culpabilidade, mesmo quando se a entende unicamente como reprovação. De acordo com Pardos (2002, p. 170), o pressuposto básico, que nem sempre aparece de forma expressa, é a vinculação entre inexigibilidade e culpabilidade material, isto é, a inexigibilidade é derivada da compreensão do conceito de culpabilidade.

A inexigibilidade é uma causa geral de exclusão da culpabilidade aplicável aos fatos não abrangidos pelas causas de exculpação previstas na lei, bastando para isso comprovar que, no caso concreto, o sujeito não pôde atuar conforme a norma, a fim de que seja eximido da responsabilidade penal, sem necessidade de uma previsão legal específica.

A configuração da inexigibilidade como causa supralegal geral de exclusão da culpabilidade, conforme posição de Correa (2004, p. 50), remonta à concepção normativa da culpabilidade, defendida por Freudenthal (2003). Assim, o reconhecimento da culpabilidade como um conceito material é o que permitirá, partindo dos pressupostos estabelecidos na lei, a aplicação supralegal da inexigibilidade de conduta diversa.

Pardos (2002, p. 171) afirma que a aceitação da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade nos delitos dolosos e nos culposos, somente pode acontecer a partir de uma compreensão do desvalor que impregna a categoria sistemática da culpabilidade, ainda que esta seja apenas reprovação. Isso acontece porque para se determinar a reprovação se utiliza de razões que vão além

da mera possibilidade de atuação conforme o Direito, daí que o pressuposto básico, que nem sempre aparece de forma expressa, é a vinculação entre inexigibilidade e culpabilidade material.

Por essa razão, defende o termo a ser utilizado deve ser exculpação e não desculpa, pois essa vinculação do princípio de inexigibilidade com a idéia de culpabilidade e a existência de causas de sua exclusão é utilizada para a defesa de um conceito que deve ir além dos pressupostos da consciência da antijuridicidade ou da sua possibilidade. As causas de exclusão da culpabilidade, mesmo quando previstas em lei, não são exceções à culpabilidade, mas a comprovação de que o seu conceito não é fechado e pode ser completado se necessário.

Roxin (1997, p. 807) elenca as diversas maneiras de se estabelecer o conteúdo material da culpabilidade, destacando, entre elas, 1) a culpabilidade como poder atuar de outro modo; 2) a culpabilidade como atitude interna juridicamente desaprovada; 3) a culpabilidade como dever responder pelo próprio caráter; 4) a culpabilidade como atribuição segundo a necessidade preventivo geral. Afirma o autor que o melhor modo de entender a culpabilidade é como atuação injusta, em que pese a existência de acessibilidade normativa.

Para ele, a culpabilidade de um sujeito é afirmada quando ele estava disponível, no momento do fato, para o comando da norma segundo seu estado mental e anímico, quando lhe eram psiquicamente acessíveis as possibilidades de decisão por uma conduta orientada conforme a norma e quando a possibilidade psíquica de controle que existe no adulto saudável, na maioria das situações, ocorra no caso concreto. Roxin (1997, p. 960) não se situa entre aqueles que têm a exigibilidade de conduta diversa como o núcleo do conceito material de culpabilidade, postulando, ao contrário, que a causa supralegal geral de exculpação

de inexigibilidade, tal como teria formulado Freudenthal (2003), foi rechaçada majoritariamente na época de Weimar e depois subestimada pelo Tribunal Alemão, pelo menos para os delitos dolosos¹²³.

Roxin (1997, p. 961) defende a restrição da aplicação da inexigibilidade de conduta diversa a poucos casos¹²⁴, na verdade considera inadmissível habilitar o juiz de possibilidade tão ampla e genérica para eximir qualquer acusado de pena, com a ajuda de uma fórmula vazia como a da inexigibilidade, apesar disso não excluir a hipótese de apreciação, em um grupo de casos de contornos precisos e em interpretação cautelosa do Direito positivo, quando se possa extrair da lei com segurança que não há necessidade preventiva da pena.

Essa posição é semelhante à de Mezger (2000, p. 273), que defende uma aplicação restrita da inexigibilidade de conduta diversa, pois haveria o perigo de se ampliar excessivamente a justificativa para uma ação típica.

Asúa (1995, p. 277) adota posição contrária¹²⁵, afirmando que, desse modo, os dois grandes caracteres do delito, a antijuridicidade e a culpabilidade, possuem suas faces negativas, encaradas tanto como causas de justificação quanto causas de exclusão da culpabilidade, duas fórmulas nas quais pode refugiar-se toda conduta lícita e inculpável, sempre que se tenha reconhecido assim pelo direito, ainda que a lei não haja previsto com precisão, sendo conveniente se manejar com amplitude a inexigibilidade de conduta diversa, ainda que nos crimes dolosos se aplique com um pouco mais de parcimônia.

¹²³ Conforme já explicado, a posição de Roxin em relação à limitação da aplicação da inexigibilidade aos casos previstos na lei, não a admitindo como causa supralegal, não pode ser aplicada no Brasil em relação ao estado de necessidade exculpante, porque aqui não há lei nesse sentido.

¹²⁴ Roxin (1997, p. 961) afirma que o único grupo de casos no qual pode haver aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da responsabilidade é no da comunidade de perigo, quando várias pessoas estão ameaçadas de morte e umas são sacrificadas para salvar a vida dos demais.

¹²⁵ Da mesma forma que no Brasil, também na Espanha, não há referência expressa, na lei, sobre a inexigibilidade de conduta diversa, na modalidade do estado de necessidade exculpante.

Jakobs (1997, p. 715-716) defende, também, a inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, sendo pressuposto daquela a ausência de responsabilidade do agente pelas condições do fato, devendo ainda estar presentes os seguintes requisitos: 1) deve existir uma situação de conflito, 2) que faça surgir o fato, valorado objetivamente como solução adequada e 3) sem que o agente ou o terceiro beneficiado sejam responsáveis pela situação de conflito. A partir daí, não há nenhuma objeção à aplicação da analogia e nem tampouco há temor de insegurança jurídica, pois a cláusula de inexigibilidade, assim desenvolvida, ajustar-se-ia ao conceito funcional de culpabilidade.

4.5 LEGISLAÇÃO SOBRE A (IN) EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA EM PORTUGAL, ESPANHA E ALEMANHA

4.5.1 Portugal

No Código Penal português – Decreto-lei n. 48, de 15 de março de 1995 - há expressa previsão, no artigo 35, do estado de necessidade desculpante, na forma de causa de exclusão da culpabilidade, sob a modalidade de inexigibilidade de conduta diversa. Diz o artigo que age sem culpa quem praticar um fato ilícito adequado a afastar um perigo atual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.

Partindo da expressa previsão legal, Dias (1995) idealizou uma nova concepção de culpabilidade, denominada de culpabilidade como dever responder pelo próprio caráter. Tal teoria da culpabilidade tem em Schopenhauer seu

predecessor (ROXIN, 1997, p. 802), porém Dias (1995, p. 176) a desenvolveu com originalidade.

Para Dias (1995, p. 176), a culpabilidade se caracteriza como dever responder pela personalidade, aquela que possui fundamento na realização de um tipo de injusto. O sujeito é culpável quando manifesta no fato as características de sua personalidade contrárias aos valores jurídico-penais. Nesse sentido, teria ele uma personalidade censurável.

A partir desse enfoque de que a ação praticada é fundamentada pela personalidade e esta é, substancialmente, responsável por aquela, Dias (1995, p. 203) afirma que para se aferir a inexigibilidade não é, de nenhuma forma decisiva, a valoração individual dos motivos pelo agente, nem tão-pouco apenas a valoração destes, como tais, pela ordem jurídica. Decisivo é, por um lado, que a situação exterior alcançou um grau objetivo de premência tal que também o homem “normal” tivesse atuado da mesma forma que o agente; e, por outro lado, que as qualidades pessoais que fundamentam o fato – quando engastadas no complexo total da personalidade em apreciação – não apareçam, em face da personalidade suposta pela ordem jurídica, como censuráveis.

4.5.2 Espanha

Conforme Mir Puig (1998, p. 620), no Direito espanhol a inexigibilidade de conduta diversa estaria no artigo 20, §§ 5º e 6º, do Código Penal espanhol. O parágrafo 6º prevê o medo insuperável como uma causa de exculpação, enquanto o 5º considera da mesma natureza o estado de necessidade exculpante.

Para ele, o estado de necessidade previsto no art. 20, § 5º, do CP espanhol, é sempre uma causa de justificação, ou seja, exclui a antijuridicidade, mas quando ocorre um conflito entre bens de igual magnitude, ou se aplica o medo insuperável ou, analogicamente, a eximente do estado de necessidade exculpante. Correa (2004, p. 124) afirma que, no atual desenvolvimento dogmático do Direito Penal espanhol somente se admite, pelo menos na doutrina, que a excludente de medo insuperável prevista no § 6º do art. 20 do CP, corresponde, inequivocamente, à inexigibilidade. Isso se dá porque, em relação à jurisprudência espanhola, o Tribunal Supremo tem admitido o medo insuperável como causa de exclusão da imputabilidade, conforme se pode verificar na STS de 26 de abril de 1999¹²⁶.

Na excludente do medo insuperável não é o grau de perturbação anímica e a conseqüente alteração psicológica ou mental que padece o agente, pois, segundo Correa (2004, p. 135), não se vê ele privado nem de suas faculdades volitivas nem de atuação, mas possuindo capacidade psíquica para regular o comportamento. Para ela, o decisivo é, pelo contrário, a determinação das exigências normativas que podem e devem ser requeridas da pessoa em uma situação em que existe a ameaça de um mal, para que possa caracterizar a excludente prevista no § 6º do art. 20 do CP espanhol.

Da mesma maneira, Mir Puig (1998, p. 622) critica a posição daqueles que defendem o medo insuperável como causa de exclusão da inimputabilidade porque,

¹²⁶ Correa (2004, p. 133) traz o seguinte trecho da referida sentença: “Esta sala tem afirmado que o medo insuperável encontra o fundamento para ser causa de isenção de responsabilidade criminal, em constituir um estado emocional privilegiado, que finca suas raízes no instinto de conservação que lhe dota de uma força coativa superior no ânimo das emoções e, ainda quando não faltam defensores de sua consideração jurídica como causa de isenção da responsabilidade criminal por inexigibilidade de outra conduta, a doutrina científica e jurisprudencial contemplam essa excludente como causa de imputabilidade ao atuar sobre o estado psíquico da pessoa, dominando a vontade desta e submetendo-a completamente aos ditames de seu próprio instinto, como se tratasse de uma força psíquica irresistível, ante a que cedem, inertes, as demais inibições da pessoa.” (STS de 26 de abril de 1999. Ponente: Ramos Gancedo; Auto de 16 de junho de 2000. Ponente: Puerta Luis) Tradução nossa.

com essa posição, se converteria a excludente de medo insuperável em uma inútil modalidade de transtorno mental transitório, que já produz o mesmo efeito do § 1º do art. 20 do CP espanhol. Para ele, o espaço próprio da excludente do medo insuperável se encontra justamente na inexigibilidade, distinta tanto das causas que excluem a imputabilidade quanto do estado de necessidade previsto no § 5º do art. 20 do mesmo código.

4.5.3 Alemanha

Na Alemanha, um segmento da doutrina faz uma diferença básica entre as causas de exclusão da culpabilidade e as causas de exculpação. Assim, seriam causas de exclusão da culpabilidade a incapacidade de culpabilidade (inimputabilidade) e o erro de proibição (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 521-513).

Para Jescheck e Weigend (2002, p. 513), as causas de exculpação se referem, na maioria das vezes, à inexigibilidade de um comportamento adequado à norma. Porém, o conceito possui um conteúdo indeterminado que não resolve o problema dos casos previstos legalmente, já que a doutrina, mesmo para as causas supraleais de exclusão da culpabilidade, desenvolveu critérios concretos para sua definição.

Nas chamadas causas de exculpação, a lei penal alemã estabelece, no § 35, o estado de necessidade exculpante e o § 33 prevê o excesso na legítima defesa causado por turbação, medo ou pânico. Roxin (1997, p. 896) não faz essa distinção: para ele, o estado de necessidade do § 35 está concebido como uma causa de

exclusão da culpabilidade. O estado de necessidade do § 34, baseado em uma ponderação de interesses, é justificante, sendo exculpante a situação do § 35¹²⁷.

Jescheck e Weigend (2002, p. 513) afirmam que, enquanto as causas de justificação podem ser explicadas sob uma multiplicidade de pontos de vista, as de exculpação se esclarecem, na maioria das vezes, pelo pensamento básico da inexigibilidade de um comportamento adequado à norma. Para ele, seriam causas de exculpação o estado de necessidade exculpante, o excesso na legítima defesa e a atuação em virtude de obediência devida.

Para Roxin, para quem não há diferença entre causas de exclusão da culpabilidade e de exculpação, além do estado de necessidade exculpante seriam a ele afins o excesso na legítima defesa, o fato realizado por motivos de consciência, a desobediência civil e as causas de exclusão contidas na parte especial do Código Penal alemão: a omissão de denúncia contra parentes (§ 139, III, 1), o incesto entre menores de idade (§ 173, III), o favorecimento pessoal ou frustração da pena em proveito de outro (§ 258, V), e o favorecimento pessoal ou frustração da pena em proveito de um parente (§ 258, VI).

Jakobs (1997, p. 601) explica que o princípio de inexigibilidade, como tipo negativo da culpabilidade, se baseia em que a motivação do agente se fundamenta somente a partir de uma situação especial, na qual o caráter ameaçador não poderia

¹²⁷ § 33 (excesso na legítima defesa) se o agente excede os limites da legítima defesa, por confusão, medo ou susto, não é punido.

§ 34 (estado de necessidade justificante) quem, num atual e não de outro modo evitável perigo para a vida, o corpo, a liberdade, a honra, a propriedade ou outro bem jurídico, comete um ato para afastar o perigo de si ou de outrem, não age ilícitamente se, no ponderar os interesses antagônicos, nomeadamente os bens jurídicos atingidos e a intensidade do seu iminente perigo, o interesse protegido sobrepuja substancialmente o prejudicado. Entretanto, isto só vigora na medida em que a infração é um meio apropriado para afastar o perigo.

§ 35 (estado de necessidade exculpante) quem, num atual e não de outro modo evitável perigo para a vida, o corpo ou a liberdade, comete um ato ilícito para afastar o perigo de si, de um parente ou de uma pessoa que lhe é íntima, age sem culpa. Isso não vigora, desde que, conforme as circunstâncias, especialmente porque ele próprio causou o perigo ou porque ele estava numa peculiar relação jurídica, podia ser exigido que o agente suportasse o perigo; todavia, pode a pena ser atenuada de acordo com o § 49, I, se o agente em consideração a uma peculiar relação jurídica, não tinha de suportar o perigo (tradução nossa).

nunca ser evitado, assim ocorreria no arrebatado inculpável do § 20 do Código Penal alemão e no estado de necessidade putativo e por coação do § 35 do mesmo código, porém, em todos os casos o agente não seria responsável pela situação motivadora.

4.6 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Conforme noticia Welzel (1997, p. 210-215), na Alemanha a inexigibilidade de conduta diversa conforme o direito abrangeu quatro situações: 1) estado de necessidade (exculpante), 2) estado de necessidade por coação, 3) estado de necessidade putativo; 4) estado de necessidade supralegal exculpante.

No Brasil esses estados de necessidade tomaram rumos diversos. Não há previsão legal para o estado de necessidade exculpante, sendo ele aplicado como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade. O estado de necessidade por coação é uma causa de exclusão da culpabilidade na forma de coação moral irresistível (art. 22, CP) e o estado de necessidade putativo tornou-se a chamada discriminante putativa excludente do dolo, por se tratar de erro sobre elemento constitutivo do tipo (art. 20, § 1º, CP).

O estado de necessidade exculpante não foi previsto expressamente pela legislação brasileira, ao contrário do Código Penal alemão que o prevê no § 35, apesar disso, Welzel (1997, p. 217) defende a existência de um estado de necessidade exculpante supralegal, pressupondo que: 1) a ação do agente tenha

sido o único meio para se proteger de uma desgraça maior; 2) o agente tenha escolhido, realmente, o mal menor; 3) tenha desejado se salvar¹²⁸.

No Direito espanhol, Salas (2006, p. 523) afirma ser possível a aplicação do estado de necessidade excludente da culpabilidade, isso se daria com a aplicação analógica do justificante para os casos em que o agente atua em uma situação de necessidade que diminui, significativamente, sua motivação, apesar de não haver uma proporcionalidade entre o mal causado e o evitado. A exclusão de culpabilidade em situações de necessidade se justifica, não pela perda de sentido da norma proibitiva, mas em razão da existência de circunstâncias concomitantes, que sobre ele exercem grande pressão motivadora.

A ausência de previsão legal para o estado de necessidade exculpante, no Brasil, deu lugar a uma discussão doutrinária entre os adeptos da teoria unitária e da diferenciadora. A primeira considera que o estado de necessidade é causa de exclusão da antijuridicidade, seja o bem protegido maior ou igual ao bem sacrificado¹²⁹, enquanto a segunda somente considera estado de necessidade justificante se o bem protegido é maior do que o sacrificado, tratando-se de bens de igual magnitude, caracteriza o exculpante¹³⁰.

Gimbernat Ordeig (1990, p. 218) diz que a tese dominante sobre a natureza jurídico penal do estado de necessidade na Espanha e na Alemanha é a teoria diferenciadora, segundo a qual quando o mal causado é de igual valor que o mal que se tenta evitar está excluída a culpabilidade da ação cometida, que segue sendo

¹²⁸ Welzel (1997, p. 218) exemplifica o estado de necessidade exculpante supralegal, na situação dos médicos que possuem, em um hospital, apenas três máquinas cardiopulmonares, nas quais estão três parentes, A, B e C, gravemente enfermos. Vítimas de acidente automobilístico, chegam ao hospital três feridos graves, X, Y e Z. O cirurgião chefe decide, depois de consultar os colegas, colocar X, com melhores condições de sobrevivência, na máquina em que A estava. O paciente A morre, como era esperado. Welzel (1997, p. 218) defende que se deve conceder ao cirurgião um estado de necessidade supralegal.

¹²⁹ Entre os que defendem a teoria unitária estão Marques (1997, p. 165) e Alves (1973, p. 479).

¹³⁰ A respeito da teoria diferenciadora, escreveu Reale Júnior (1971), na sua tese de doutoramento.

típica e antijurídica, enquanto que quando os interesses em conflito são desiguais e se sacrifica o de menor valor para salvar um de maior, está excluída a antijuridicidade.

Gimbernat Ordeig (1990, p. 230) discorda da existência da teoria diferenciadora. Para ele, o estado de necessidade por conflito de bens iguais é uma causa de justificação porque o Direito renuncia a uma pena, não porque esta seja inidônea para combater o fato cometido em estado de necessidade, mas porque não quer combater esse comportamento.

Bitencourt (2003, p. 257) afirma que, interpretando o art. 24 do CPB, é difícil a adoção do estado de necessidade exculpante, como uma causa supralegal, em razão de ser pressuposto de uma causa excludente de culpabilidade uma ação típica e antijurídica, sendo que, no caso de conflito de bens, onde somente um pode ser salvo, a ação de qualquer de seus titulares não pode ser qualificada de antijurídica, até mesmo quando se tratarem de bens de igual valor. Para ele, se o bem sacrificado for mais valioso que o protegido estará afastada tanto a causa justificante quanto a exculpante, podendo ser aplicada a diminuição da pena prevista no § 2º, do art. 24, do CP.

Bitencourt (2003, p. 258) defende, em que pese a posição anterior, que é possível a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa para reconhecer o estado de necessidade exculpante supralegal, principalmente nos casos de colisão de deveres, quando o agente tem de optar pelo cumprimento de um dever em detrimento de outro, em razão de a alternativa escolhida não ser a mais adequada aos fins do Direito.

Mezger (2000, p. 272) fala sobre a colisão de deveres como causa de exclusão da culpabilidade, em algumas circunstâncias, em razão de o agente não

atuar de acordo com o dever maior ou equivalente, mas conforme o dever que lhe corresponde. Podem existir deveres antagônicos incumbidos a uma só pessoa, sem a possibilidade de cumprimento simultâneo de todos. Nesses casos, quando o sujeito tem de escolher qual o dever que deve e pode cumprir, se caracteriza a colisão de deveres.

Santos (2006, p. 339) esclarece que situações de conflitos de deveres ainda mais relevantes são comuns no contexto de condições sociais adversas, nas quais trabalhadores marginalizados do mercado de trabalho, especialmente em razão de políticas econômicas recessivas, optam pela prática de delitos patrimoniais para preservar valores concretamente superiores, por exemplo, o dever jurídico de garantir a vida, saúde, moradia, alimentação e escolarização dos filhos, quando a abertura do conceito de inexigibilidade para as condições reais de vida do povo parece alternativa capaz de contribuir para a democratização do Direito penal.

Certo é que, no Brasil, a teoria adotada foi a unitária, com o estado de necessidade excluindo apenas a antijuridicidade, porém, ao final desta tese propõe-se a alteração legislativa para incluir no Direito brasileiro o texto de uma norma na qual esteja previsto o estado de necessidade exculpante, como ocorre em Portugal e Alemanha.

4.6.1 Inexigibilidade de conduta diversa sob a forma de coação irresistível e obediência hierárquica na legislação brasileira

Pelo que se pode depreender há dois tipos de coação: 1) a vis absoluta - força física e a 2) a vis compulsiva. É evidente que a força física (vis absoluta) não está no campo da culpabilidade, pois exclui toda a vontade e ação própria do coato,

portanto, situada no campo da causalidade (art. 13 do CP), excluindo a voluntariedade da ação. A que interessa e que será objeto de estudo é a vis compulsiva ou coação moral.

Oliveira (1994, p. 230) defende que o art. 22 do CP trata somente da coação moral irresistível e não da coação física, porque aqui o coato atua como pessoa, não como coisa, com consciência e com vontade, embora esteja viciada pela pressão do coator. Assim, quem age sob coação moral irresistível atua com dolo, pratica um ato típico, antijurídico, mas não será punido por exclusão da culpabilidade, em virtude de não se exigir conduta diversa.

A ameaça é o anúncio de um mal que será realizado. Dessa forma, pode-se ter a ameaça tanto sobre o parente do coato quanto sobre ele mesmo. Existem casos, v.g., em que a coação é feita mediante a ameaça de um mal a ser praticado contra o próprio ameaçador: é o caso de alguém ameaçar matar-se para que a pessoa amada pratique um fato dito delituoso.

Certo é que a discussão sobre a natureza jurídica do fato praticado sob coação moral está completamente superada, sendo pacífico o entendimento de que é causa excludente da culpabilidade. Isso porque o fato típico realizado sob coação é antijurídico, pois o coator, tendo-lhe o domínio completo sobre um terceiro que age sem liberdade, deve ser punido, na modalidade de autoria mediata. Assim, se Vitório obriga Luciana, grávida, mediante ameaças graves, a ingerir um medicamento abortivo, ela é autora de abortamento, porém não culpável, e ele não é mero instigador, mas autor mediato, já que com sua pressão coativa sobre Luciana detinha o domínio completo do fato.

Diz-se da obediência hierárquica, que também é uma causa de exclusão da culpabilidade, mas doutrinadores estrangeiros, em particular Asúa (1995, p. 272),

não a colocam no campo da inexigibilidade de conduta diversa. Para ele, trata-se de outro caso de erro, pois aquele que age sob obediência hierárquica acredita que a ordem é legítima e, por isso, atua. Não se pode negar que, quando a ordem vem de um superior dentro do círculo de suas atribuições e chega até o subordinado na forma requerida, o erro é invencível. Por ser dessa maneira é que se exclui totalmente a culpabilidade, já que, se não fosse assim, estaríamos na presença de um erro vencível que se imputa a título de culpa.

Entre nós, Marques, J. (1997, p. 311) admite que, além de ser a obediência hierárquica uma hipótese de erro de fato, também é uma causa de inexigibilidade de conduta diversa, pois, na legislação pátria, segundo estatui o Código Penal, na segunda parte do art. 22, é exculpado o inferior hierárquico que pratica o fato ilícito “em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal”. Se o superior dá a ordem, nos limites de sua respectiva competência, revestindo-a das formalidades legais necessárias, o subalterno ou presume a licitude da ordem (erro de fato) - atualmente, erro de proibição, conforme o caso - ou se sente impossibilitado de desobedecer a autoridade de onde o comando emanou (inexigibilidade de outra conduta). De uma forma ou de outra, é incensurável o proceder do inferior hierárquico e, por essa razão, o fato praticado não é punível em relação a ele, seja por erro de proibição, seja por inexigibilidade de conduta diversa.

A esse respeito, defende Brandão (2002, p. 177-178) que até pouco tempo, só era reconhecida no Direito brasileiro a inexigibilidade de outra conduta nos casos do art. 22 do Código Penal, porém a partir de 1984, com os estudos de Francisco de Assis Toledo, a inexigibilidade de outra conduta passou a ser admitida fora dos casos de obediência hierárquica e de coação irresistível.

Para Santos (2000, p. 258), a idéia de inexigibilidade de comportamento diverso fundamenta situações de exculpação legais e supralegais, conforme previsão explícita ou implícita no ordenamento jurídico. Para ele, as situações legais compreendem a coação irresistível, a obediência hierárquica, o excesso de legítima defesa e o excesso de legítima defesa putativa.

4.7 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

A fim de se evitar possível má interpretação do que aqui se defende, de já se afirma que a inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, é de melhor aplicação, quando se refere aos crimes contra a ordem tributária, nos casos do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, e do art. 168-A, caput, do Código Penal¹³¹, ou seja, nas hipóteses em que não ocorra falsificação ou fraude, porém não deve ser de plano afastada nas duas últimas hipóteses mencionadas.

É que os dispositivos do art. 1º, os demais itens do art. 2º e o art. 3º da Lei 8.137/90 e o art. 337-A do Código Penal não se referem ao inadimplemento dos tributos e contribuições sociais, mas às condutas de falsificação e fraude contra o fisco, mediante a utilização de artifício e ardil, o que denota uma prévia e deliberada intenção de ludibriar a fiscalização tributária e previdenciária¹³².

¹³¹ Constitui crime da mesma natureza: II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos (Art. 2º, II, da Lei 8.137/90); Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5(cinco) anos, e multa (Art.168-A, do Código Penal).

¹³² Segundo Eisele (1998, p. 72-73), nos casos de não recolhimento de valor de tributo, três situações poderiam ocorrer: a) não recolhimento da receita tributária por absoluta impossibilidade econômica, em razão da precariedade da gestão empresarial, por possuir passivo maior que o ativo; b) venda pelo contribuinte, de mercadoria com pagamento a prazo e, vencido o lapso temporal para o pagamento do tributo (ICMS) destacado da operação, não tenha ainda recebido o da receita (hipótese que o próprio autor reconhece de difícil configuração em face da permissão da legislação

Partindo-se da premissa de que a inexigibilidade de conduta diversa é mais bem aplicada nos casos de omissão de recolhimento de tributos, constata-se que grande parte das vezes resulta da situação da economia nacional, mormente na época atual de globalização, na qual a queda das ações da Bolsa de Pequim ou Jacarta afeta imediatamente todo o mercado mundial.

Nessa situação de pouca liquidez, os empresários – industriais, comerciantes e profissionais liberais – não possuem outra opção senão a de deixar de recolher as contribuições e os tributos para pagar aos empregados e as obrigações de empréstimos com instituições financeiras, a fim de garantir a sobrevivência da empresa. Acontece uma situação extraordinária de motivação, a impossibilidade de recolher os tributos em detrimento da sobrevivência do negócio, na qual se encontra fortemente diminuída a capacidade de atuar conforme a norma tributária.

Segundo Dobrowolski (1998, p. 125), não haveria, nessas circunstâncias, razoabilidade em agir de outro modo. A ordem jurídica não obrigaria o empresário a paralisar o seu negócio, deixando de pagar o salário aos empregados e os créditos aos fornecedores, para satisfazer os débitos de natureza fiscal e previdenciária, pois a ordem jurídica não determina a contratação de empréstimos bancários, para pagamento das obrigações tributárias, seja pela dificuldade de obtê-los em momento crítico seja pela extorsão dos juros bancários praticados no país.

Vislumbra-se, nesse caso, a presença da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Conforme acentua Dias (1995, p. 201), sobre uma personalidade responsável poderá incidir uma sensível desconformação entre a censurabilidade externa objetiva do fato e a essência fundamental do que constitui sua dirigibilidade normativa, em virtude de fatores

tributária do creditamento das entradas); c) necessidade de cobertura da folha de pagamentos de salário de empregados ou fornecedores, sem disponibilidade financeira para também suprir a obrigação tributária.

externos que não censuram a conduta, mas impuseram-lhe um desvio no cumprimento normal de suas intenções, portanto, estaria excluída a culpa ante a presença da inexigibilidade.

A circunstância concomitante da ausência de liquidez suficiente, presente no fato concreto, impele o sujeito a agir em desacordo com a norma, que lhe manda recolher o tributo. Em razão das dificuldades financeiras da empresa, ele se vê compelido a optar pelo pagamento da folha de salários e dos fornecedores, em detrimento do recolhimento das obrigações tributárias, aí incluídas as contribuições previdenciárias.

É possível afirmar que essa situação se enquadraria na inexigibilidade de conduta diversa porque o Direito protege valores e, em consequência, os impõe, mas, diante de determinados eventos concretos, torna-se compreensível a opção adotada pelo agente, considerando, excepcionalmente, que naquelas circunstâncias não se poderia exigir um comportamento de acordo com o dever-ser normativo (injusto) ou reconhece que o ato se deu em virtude de circunstâncias imperiosas que provocaram um desvalor da personalidade ética do agente (culpabilidade) não reprovável a ponto de justificar a necessidade de uma sanção¹³³.

Não se trata, pura e simplesmente, do reconhecimento de uma condição psicológica do sujeito. Na verdade, essa avaliação psicológica do agente somente é feita se primeiramente estiver constatada a presença das circunstâncias objetivas, ou seja, os pressupostos de fato que permitam a análise da existência da inexigibilidade da conduta diversa. Como bem defendeu Dias (1995, p. 201), o agente praticou um ato desvalioso em decorrência de circunstâncias imperiosas que lhe desviaram momentaneamente a conduta do comando da norma.

¹³³ Cf. Nahum (2001, p. 73).

Jakobs (1997, p. 715-716) defende que são necessários, para caracterizar a causa supralegal de exclusão da culpabilidade na modalidade de inexigibilidade de conduta diversa, os seguintes requisitos: 1) deve existir uma situação de conflito; 2) que faça surgir o fato valorado objetivamente como solução adequada; 3) sem que o agente ou o terceiro beneficiado sejam responsáveis pela situação de conflito.

A partir dessa idéia, analisando a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes contra a ordem tributária, é possível afirmar que: 1) somente há uma situação de conflito quando está provado que a saúde financeira da empresa é precária ao ponto de encontrar-se em estágio de falência ou pré-falência; 2) que a opção feita tenha sido efetivamente no sentido de preservação da empresa e não para lazer ou aumento de patrimônio dos sócios; 3) que a precariedade dos recursos seja motivada pela situação econômica geral ou por fato estranho à responsabilidade dos sócios e não por gastos perdulários e má administração.

Um caso paradigmático da não possibilidade de aplicação da inexigibilidade de conduta diversa foi o julgado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no dia 12 de setembro de 2006, sob o número 2004.83.00.021320-7 (BRASIL, 2006b, p. 116)¹³⁴. Na ementa consta que a empresa possuía em conta

¹³⁴ PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES. CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. DIFICULDADES FINANCEIRAS QUE NÃO GUARDAM NEXO CAUSAL COM O DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS. DISPONIBILIDADE FINANCEIRA E PATRIMONIAL. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NÃO VERIFICADA. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO. A inexigibilidade de conduta diversa capaz de excluir a culpabilidade do agente, consubstanciada na impossibilidade de recolher aos cofres da previdência social os valores recolhidos dos salários dos empregados, não pode ser apenas alegada, necessário se faz produzir prova do que se afirma, já que a autoria e materialidade criminosa restaram indubitáveis. Constatado que a empresa do apelante dispunha em conta bancária valor que excede ao valor do débito previdenciário e, ainda, que o apelante possuía, durante o período do débito, patrimônio mais de dez vezes maior que o devido à previdência, não se sustenta a tese de dificuldades financeiras intransponíveis ou de empobrecimento do agente. Tratando-se de crime omissivo próprio, o dolo é genérico, caracterizando-se a omissão como ilícito penal e não civil. Apelação improvida. (ACR 2004.83.00.021320-7, Rel. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, Rev. Margarida Cantarelli, Quarta Turma, TRF5, julgado em 12.09.2006, DJ 13.10.2006, p. 1116).

corrente valor que excedia ao valor do débito e detinha patrimônio mais de dez vezes superior ao valor devido à previdência.

Nesse caso, faltou o primeiro requisito, de que somente há uma situação de conflito quando está provado que a saúde financeira da empresa é precária ao ponto de encontrar-se em estágio de falência ou pré-falência. Como ficou demonstrado nos autos tanto a empresa possuía numerário em conta corrente suficiente para pagar o devido como era detentora de patrimônio suficiente para garantir todo o débito.

4.8 APLICAÇÃO A UM CASO CONCRETO DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

A inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente da culpabilidade penal pode ser largamente aplicada. O Superior Tribunal de Justiça noticia Toledo (1991, p. 329), admitiu em tese, por sua 5ª Turma, a sua alegação, em crime de homicídio¹³⁵. Há, por exemplo, a situação dos chamados “sacoleiros”, que, desempregados no Brasil, vêm-se premidos a comprar mercadorias no Paraguai e a aqui revendê-las. Discute-se, igualmente, a aplicação dessa excludente nos chamados crimes de não-recolhimento das contribuições previdenciárias na época própria, quando o agente opta por não fazê-lo para salvar da falência a empresa.

Os Tribunais Regionais Federais têm, em várias oportunidades, absolvido acusados de crimes contra a ordem tributária sob a tese da causa supralegal de

¹³⁵ PENAL E PROCESSUAL PENAL. - Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade, cuja admissibilidade no direito brasileiro já não pode ser negada. - Júri. Homicídio. Defesa alternativa baseada na alegação de não-exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade, em tese, desde que se apresentem ao júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico. - Quesitos. Como devem ser formulados. Interpretação do art. 484, III, do CPP, a luz da reforma penal. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para extirpar-se do acórdão a proibição de, em novo julgamento, questionar-se o júri sobre a causa de exclusão da culpabilidade em foco. (REsp 2492/RS, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, julgado em 23.05.1990, DJ 06.08.1990 p. 7347). (BRASIL, 1990b, p. 7347)

exclusão da culpabilidade na modalidade de inexigibilidade de conduta diversa, dadas as circunstâncias¹³⁶. O caso a ser analisado foi julgado definitivamente pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 9 de outubro de 2007, com número de origem 2003.38.00.028306-3/MG (BRASIL, 2007c, p. 78)¹³⁷.

O processo tramitou, inicialmente pela 9ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, com sede em Belo Horizonte, a partir de uma denúncia ofertada pelo MPF contra Maria Helena Nunes Barbosa, Newton Santos Meireles e Ivanhoé Luiz Prado Júnior, sob a acusação da prática da infração ao art. 168-A, caput, do Código Penal, ao fundamento de que os réus, na condição de responsáveis pela gestão financeira da empresa Main Empreendimentos de Enfermagem Ltda, ter-se-iam apropriado indevidamente de valores oriundos de descontos legais, efetivados sobre o salário de seus empregados, e destinados à autarquia previdenciária.

Examinando a denúncia, decidiu o magistrado absolver o acusado Ivanhoé Luiz Prado Júnior com base no inc. IV do art. 386 do CPP, por não haver, nos autos, comprovação da autoria, uma vez que não praticava nenhum ato de gerência na

¹³⁶ PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. SÓCIO NÃO-DIRIGENTE DA EMPRESA. 1. o sócio não-dirigente da empresa, de cujo capital social participa com apenas 2% não pode ser responsabilizado penalmente pelo não-recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, máxime em 1990, quando houve o bloqueio dos ativos financeiros por força de ordem governamental, hipótese que guarda pertinência com causa supralegal da inexigibilidade de conduta diversa. 2. Apelação provida. (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 3ª Turma, Apelação Criminal nº. 0105454/96, Relator Fernando Gonçalves, publicado no DJ em 16.09.96). (BRASIL, 1996c, p. 68489)

¹³⁷ PENAL. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 8.212/91, ART. 95, ALÍNEA "D". LEI Nº. 9.983/2000. ART. 168-A, § 1º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. ALEGAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ACOLHIMENTO. 1. Constitui a infração descrita no art. 168-A do Código Penal, deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. 2. O crime de apropriação indébita previdenciária, que é crime omissivo puro, não exige que da omissão resulte dano, bastando, para sua configuração, que o sujeito ativo deixe de repassar à Previdência Social a contribuição recolhida dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. 3. Autoria e materialidade demonstradas. 4. Acolhimento da tese de inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, considerando que a conduta dos réus, apesar de típica, visto que se amolda à figura prevista no art. 168-A do Código Penal, e de não estar albergada por qualquer causa excludente de ilicitude, não é culpável, na medida em que não lhes era exigível portar-se de maneira diversa, em consonância com o ordenamento jurídico. 5. Apelação improvida. (ACR 2003.38.00.028306-3/MG, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, DJ de 30/10/2007, p. 78). (BRASIL, 2007c, p. 78)

administração financeira da empresa, o mesmo fazendo em relação a Maria Helena Nunes Barbosa e Newton Santos Meireles, estes em razão da circunstância exculpante de inexigibilidade de conduta diversa, com escora no inciso V do art. 386 do CPP.

Em seu recurso, pediu o MP a reforma da sentença, a fim de que os réus fossem condenados, sustentando que a apropriação indébita previdenciária foi cometida reiteradamente, durante vinte e seis meses, e que a dificuldade da empresa não poderia ser argüida como justificativa para a retenção dos valores, pois esses pertenciam à terceira pessoa, no caso ao INSS. Argumentou ainda que os acusados utilizaram recursos públicos na manutenção da empresa, tornando a conduta injustificável.

Disse mais que ainda que as dificuldades financeiras estivessem definitivamente provadas nos autos, não haveria base jurídica para admiti-las como causa de justificação da conduta, por não se tratar de retenção de valores pertencentes à empresa, mas sim de terceiros, empregados e do Poder Público.

Por fim, a acusação se utilizou de um argumento de cunho sociológico, segundo o qual o crime previsto no art. 168-A do CP tem por objetivo inibir a omissão do recolhimento de contribuições previdenciárias, que financiam a Seguridade Social, atendendo a parcela mais humilde da população brasileira, o que tornaria o não recolhimento de tributos um dos crimes mais graves do ordenamento jurídico brasileiro.

A defesa alegou que a empresa era uma escola de enfermagem e os acusados eram empregados dela quando pertencia à Associação dos Amigos do Hospital Mário Pena, que lhes propôs a transferência da titularidade como quitação dos créditos trabalhistas, até porque não estaria havendo retorno financeiro à

entidade mantenedora. Os acusados juntaram aos autos documentos fornecidos pelo SPC – Sistema de Proteção ao Crédito – dando conta do registro da inadimplência dos alunos no valor de R\$ 34.293,08, sendo que para corroborar tais alegações, foram ouvidas duas testemunhas, que confirmaram o fato.

Disse a defesa que, em razão do alto índice de inadimplência, os acusados passaram a atrasar os pagamentos, motivando o protesto de títulos e a propositura de diversas ações trabalhistas contra a empresa. Na tentativa, infrutífera, de regularizar a situação financeira da escola, os empresários fizeram empréstimos, venderam bens e tentaram reduzir os custos do negócio, até chegar ao ponto de se verem ameaçados de despejo dos imóveis alugados, por falta de pagamento.

A 4ª Turma do TRF da 1ª Região não reformou a sentença que absolveu os apelados, confirmando a tese adotada pelo juiz de primeira instância: presença de circunstância exculpante, na modalidade de inexigibilidade de conduta diversa, não obstante, demonstradas, nos autos do processo, a materialidade e a autoria delitiva. O Tribunal entendeu que a exigibilidade de conduta diversa, elemento da culpabilidade, tem por fundamento a possibilidade de punição somente às condutas que poderiam ter sido evitadas, de sorte que, nas circunstâncias do fato, o agente tenha a alternativa de realizar, em vez do comportamento criminoso, um que seja de acordo com o ordenamento jurídico.

No julgamento, ficou assentado que os acusados não seriam culpáveis, por inexigibilidade de conduta diversa, já que não havia possibilidade se lhes exigir atitude diferente da que praticaram. Hilton Queiroz (BRASIL, 2007c, p.78) afirmou no seu voto, que considerando a situação injusta, em face de um caso concreto, de condenar-se unicamente porque o fato não foi previsto pelo legislador, surgiu a

possibilidade de aplicação das causas supralegais de exclusão da culpabilidade, que não são previstas na legislação penal.

No caso analisado, a dificuldade financeira alegada pelos réus foi comprovada por documentos e testemunhas: contratos de locação das instalações físicas da empresa, protestos de títulos, ações trabalhistas movidas contra a empresa, lista de alunos inadimplentes da escola, etc. Diante das provas, o órgão julgador reconheceu que a conduta dos réus, apesar de típica, haja vista que se amolda à figura prevista no art. 168-A do CP, e de não albergada por qualquer causa excludente de ilicitude, não foi culpável, na medida em que, em consonância com o ordenamento jurídico, não lhes era exigível portar-se de maneira diversa da que o fizeram.

CAPÍTULO 5 - PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Conforme já explicitado, no Brasil não há uma norma prevendo o estado de necessidade exculpante, apesar de uma tentativa de normatização com o Decreto-lei 1.004, de 21 de outubro de 1969, que instituía um novo Código Penal, mas que nunca entrou vigor, até ser revogado pela Lei 6.578, de 11 de outubro de 1978. O acréscimo de tal dispositivo na legislação facilitará o trabalho dos operadores do Direito e fixará limites claros à aplicação do instituto da inexigibilidade de conduta diversa.

Propõe-se o seguinte texto: “É isento de pena quem, para proteger a vida, o corpo, a liberdade e o patrimônio próprio ou de pessoa a quem esteja ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando igual ou superior ao direito protegido, desde que não lhe seja exigível conduta diversa”.

A proposta adota a mesma linha do Código Penal alemão e português, pelo que estaria excluída a culpabilidade pelo estado de necessidade exculpante, baseado na inexigibilidade de conduta diversa. Assim, haveria dois estados de necessidade, um excluiria a antijuridicidade e o outro a culpabilidade, o primeiro fundamentado no conflito de bens de magnitude diferentes, quando se salva o de maior valor em detrimento do de menor, e o segundo no de bens de igual valor ou quando o bem sacrificado é de mais valor que o preservado, dadas as circunstâncias.

Mantém-se a estrutura do Código Penal brasileiro no que se refere à expressão “é isento de pena”, para as causas que excluem a culpabilidade, como

são os exemplos da inimputabilidade no art. 26 do CP e da coação moral irresistível no art. 22 do CP.

O perigo do estado de necessidade exculpante deve ser determinado da mesma forma que o do justificante, ou seja, deve estar presente antes do fato, podendo ser produzido pelas forças da natureza ou controlado pelo homem. Exemplos do primeiro seriam as inundações, os incêndios produzidos por queda de raios, os desabamentos de encostas ou as condições atmosféricas que causam naufrágios e acidentes aeronáuticos, do segundo um parente que ameaça suicidar, um padrasto que molesta sexualmente os enteados ou a falência de um negócio.

O perigo deve ser atual, também como o do justificante, isto é, presente, subsistente e persistente, não constituindo perigo a possibilidade de dano futuro não iminente e nem o perigo ultrapassado, já sem nenhuma potencialidade, porém, esse perigo não deve ser iminente como está previsto na legítima defesa, pois, como diz Reale (1971, p. 60), perigo atual é a possibilidade de dano e aquele prestes a ocorrer é iminente.

O perigo deve ameaçar o agente, um parente ou uma pessoa ligada por laços de afeição. A relação de parentesco presume a afeição, porém em relação às pessoas afeiçoadas, há necessidade de se provar que o seu bem estar importa ao agente como a si próprio ou como a um parente, assim defende Jakobs (1997, p. 691), podendo ser essa relação de amor, amizade, etc. Essa exigência, de terceiro vinculado ao agente por laços de afeição, não é prevista no estado de necessidade justificante, porque lá o direito protegido será sempre de mais valor do que o sacrificado.

Em relação aos bens jurídicos postos em perigo, há uma diferença quanto ao estado de necessidade justificante, é que neste se protege qualquer direito, desde

que o bem protegido seja de mais valor que o sacrificado, enquanto na proposta que se apresenta, apenas poderia ser alegado o estado de necessidade exculpante se existir perigo para a vida, o corpo, a liberdade e o patrimônio. Em comparação com o § 35 do Código Penal alemão, há o acréscimo do perigo para o patrimônio, inclusive para que se tenha uma adequação com o Código Civil, que permite o desforço próprio para a proteção da propriedade, em caso de esbulho ou turbação, quando é possível o sacrifício até mesmo de vidas em benefício do patrimônio¹³⁸.

Nesse aspecto do perigo para o patrimônio, também se incluiria o sacrifício do recolhimento dos tributos para a preservação do negócio, pois, na ponderação do valor dos bens em questão é muito difícil se aquilatar qual o de mais valor, considerando que o recolhimento dos impostos gera melhores condições de vida para a população, em especial saúde e educação, e o recolhimento das contribuições previdenciárias mantém o sistema, cuja finalidade última é proporcionar aposentadoria digna e benefícios previdenciários na doença e na maternidade, entre outros, para os trabalhadores, enquanto a preservação do negócio, com o pagamento dos salários dos empregados e os créditos dos fornecedores, mantém a microeconomia em funcionamento, preservando os empregos e, em consequência, o sustento das famílias dos assalariados.

Assim como no estado de necessidade justificante, o perigo não pode ter sido criado pelo agente, não importando se esse perigo adveio da força humana ou da natureza, bem como deve se motivar pela vontade de salvar, com a consciência de que realiza um fato movido pelas circunstâncias concomitantes e não por mero

¹³⁸ Cf. Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

capricho ou má-fé, aproveitando-se da situação para cumprir um objetivo adrede preparado. Daí é que, no caso do não recolhimento dos tributos, não há exculpação se o agente provocou a falência da empresa com atividades perdulárias ou má administração.

CONCLUSÕES

É inegável o surgimento de um novo Direito Penal na sociedade de risco em que se vive, caracterizada principalmente por uma política de criminalização. O legislador se preocupa muito mais com a parte especial do Código Penal e a legislação extravagante que com a parte geral e o sistema de penas e medidas de segurança, o que implica novos tipos penais em áreas como meio ambiente, tributação, economia, processamento de dados e criminalidade organizada.

Mas ainda causa perplexidade a tentativa de se punir criminalmente sem a prova do dolo ou da culpa, pois isso significa o rompimento com os princípios basilares do Direito Penal. A teoria finalista da ação é a expressão maior da responsabilidade pessoal do autor, construída sob a tese do injusto pessoal tendo como base a teoria do delito. Essa concepção exigiu um sistema penal apoiado na conduta de uma pessoa física, desde a imputação subjetiva até a culpabilidade, inviabilizando-se, desse modo, a punição com a simples prova do comportamento.

Aliás, essa responsabilização deverá ser sempre subjetiva. É que como corolário do Estado Democrático de Direito, somente se deve punir outrem pela acusação da prática de crimes se, provado o fato e a conduta, também ficar demonstrado o elemento anímico: dolo ou culpa. Quando alguns intérpretes e aplicadores do Direito, em face de crimes contra a ordem tributária e em razão da proximidade entre os tipos penais e os administrativos, defendem a punição com a simples prova do nexo de causalidade material, sem preocupação com a análise do dolo e da culpa ou sem ter ficado demonstrada a culpabilidade do agente, representa isso a adoção da responsabilidade penal objetiva.

Não pode, desse modo, caracterizar crime o simples inadimplemento e nem sempre o administrador malsucedido, que deixa de recolher seus tributos, será considerado criminoso. A lei penal estabelece que os crimes somente se realizam por culpa ou dolo, não bastando o nexos causal, de sorte que se impor penas criminais a alguém sem que se lhe prove o ânimo ou quando é ele desprezado significa o reconhecimento mesmo da responsabilidade objetiva.

Uma das formas de arrecadar tributos é a utilização do Direito Penal, aplicando a responsabilidade objetiva nos crimes contra a ordem tributária. Ao se agir dessa forma, consagra-se a aplicação das disposições do Código Tributário Nacional, de natureza administrativa, ao Direito Penal, punindo-se independentemente da comprovação da culpabilidade do sujeito passivo, bastando, para tanto, que a legislação específica seja contrariada.

A responsabilidade penal objetiva prescinde da análise se o agente tinha o conhecimento e a vontade de realizar os elementos do tipo penal, sendo-lhe suficiente o nexos de causalidade material entre a conduta e o resultado. Daí ser um equívoco, em se tratando de crimes ocorridos no âmbito das empresas, a adoção da responsabilidade penal objetiva ou a adoção da responsabilidade por fato de outrem, porque os artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 e os 168-A e 337-A do Código Penal somente se dão por dolo direto ou eventual, não sendo previstos na forma culposa.

Assim, para a apuração e julgamento dos crimes contra a ordem tributária, bem assim para todos os outros, exige-se um processo no qual estejam garantidos os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois o processo penal é um assunto da sociedade e não é admirável que assim o seja: ele é que operacionaliza a prática do direito penal, de sorte que a salvaguarda e a proteção dos bens primários à sobrevivência comunitária só com ele pode almejar eficácia,

resultando, por conseguinte, o natural interesse geral na investigação e esclarecimento dos crimes e conseqüente punição dos autores.

No processo penal relativo aos crimes contra a ordem tributária ganhou corpo a polêmica relativa à denúncia genérica a partir de decisões do STF que ora permitem ora proíbem ao Ministério Público a propositura de ação penal sem a individualização da participação de todos os acusados. Felizmente, a posição pacífica do STF é, atualmente, a de não permitir a denúncia genérica nos ditos crimes societários, porque a deficiência ou insuficiência na narração dos fatos atribuídos ao acusado dificulta ou impede o pleno exercício do direito de defesa consagrado na Constituição Federal.

Da mesma forma, não é possível aceitar-se o argumento de que antes da decisão final administrativa se possa instaurar o processo por crime de dano contra a ordem tributária. Se a Administração é a única com atribuição para constituir o crédito tributário e se o crime definido no art. 1º da lei 8.137/90 pressupõe a existência de tributo suprimido ou reduzido, não se pode afirmar, mesmo para a denúncia, a ocorrência desse pressuposto, enquanto a respeito não opere, pelo menos, o efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo.

Por outro lado, a avidez arrecadatória do Estado quebra o princípio universal do arrependimento posterior como causa obrigatória de diminuição da pena, transformando-a em causa extintiva da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, previstos no arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 e 168-A e 337-A do Código Penal. Tal atitude corrobora a tese de que o principal objetivo da tipificação das condutas na legislação citada é compelir o contribuinte ao pagamento dos tributos, sob ameaça de prisão com o fim de arrecadar. Assim, com pequenos interregnos,

desde 1965 o pagamento do tributo é causa de extinção da punibilidade nos crimes tributários.

Por essa razão, não basta, para ser denunciado ou punido, ser sócio da pessoa jurídica envolvida nos crimes contra a ordem tributária. Daí que não bastará à acusação provar simplesmente que houve o resultado, ou seja, a supressão ou redução de tributo ou contribuição social, sendo preciso provar quem fez e se quem assim agiu o fez dolosamente e com culpabilidade.

Na medida em que a sanção penal é conseqüência jurídica do crime, este, com todos os seus elementos, é o pressuposto daquela. Dessa forma, não somente a culpabilidade, mas igualmente a tipicidade e a antijuridicidade são pressupostos da pena, já que a culpabilidade é juízo derivado.

Para se punir, faz-se necessária a existência de uma ação típica e antijurídica, para depois haver o juízo de culpabilidade. Assim, se não há um fato, não é possível um juízo de valor ao autor do fato inexistente. Para a culpabilidade se aperfeiçoar, requer-se a opção livre do sujeito por se comportar contrário ao Direito, de modo que se o autor, nas circunstâncias dadas, não podia se comportar conforme o Direito, sobre ele não pode recair um juízo de reprovação.

A idéia de excluir a culpabilidade do conceito de crime está completamente desconhecida do Direito Penal de liberdade que se vive atualmente, pois em verdade não há Direito penal sem culpabilidade, quanto mais crime. A culpabilidade possui categoria constitucional, entendida como um princípio regulador material da atuação estatal e uma medida do direito de punir do Estado, ou seja, uma justificação interna para a aplicação da pena. Trata-se de um princípio que deve ser visto como um instrumento de limitação da pena e seu fundamento constitucional

está na dignidade da pessoa humana, excluindo a legitimidade de toda punição que não lhe tenha por premissa e que exceda à sua equivalente gravidade.

As teorias sobre a culpabilidade evoluíram ao longo do tempo, desde a psicológica até as atuais. Pela teoria psicológica, a existência de um fato típico e ilícito se limita a uma causalidade física, apurada por meio de constatação de um resultado concreto no mundo exterior, enquanto a culpabilidade, que era entendida como uma manifestação de natureza psicológica, anímica e volitiva do autor, se constituía de dois elementos: o dolo e a culpa. A culpabilidade então seria o gênero, do qual seriam espécies o dolo e a culpa.

Posteriormente, surgiu a teoria normativa da culpabilidade. Para esta, o erro da concepção puramente psicológica se funda na desconsideração dos elementos individuais da culpabilidade, já que considera somente o dolo e a culpa, mas não a imputabilidade nem as circunstâncias que levam à realização do fato. Para esta teoria que teve em Frank (2002) seu maior defensor, a culpabilidade será a censura (reprochabilidad) de um comportamento.

Com o advento da teoria finalista da ação, a essência da culpabilidade passou a residir na reprovação, estando o dolo e a culpa no tipo subjetivo de injusto. Estava lançada a idéia normativa pura da culpabilidade, composta dos seguintes elementos: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, nas circunstâncias, porque dolo e culpa migraram para o tipo.

A culpabilidade é reprovação da configuração da vontade, daí que somente o que o homem realiza voluntariamente pode ser assim reprovável. Enquanto suas faculdades e predisposições – tudo aquilo que o homem simplesmente é – tanto faz se valorosas ou medíocres, apenas aquilo que ele faz com essas qualidades ou como as movimenta, em comparação com o que poderia ou deveria fazer com elas

ou como teria podido ou devido pô-las em movimento, pode ser levado em conta como mérito ou reprovado como culpável.

Já nas concepções atuais, afirma-se que a missão do conceito de culpabilidade é a de caracterizar a não motivação conforme o Direito. Quando há um déficit de motivação jurídica, há de castigar-se o autor, desde que o injusto e a culpabilidade não estejam minimizados mediante uma modificação do fato ou sucessos posteriores, como a prescrição, e se a impunidade não se verifica por circunstâncias além do injusto material. Pune-se para manter a confiança geral na norma e para exercitar o reconhecimento geral da norma, de sorte que, com base nesse fim da pena, o conceito de culpabilidade não há de orientar-se até o futuro, mas até o presente, na medida em que o Direito Penal funciona, ou seja, na medida em que contribui para estabilizar o ordenamento.

Há unanimidade entre os autores de que a culpabilidade é o conjunto de elementos que justificam ou impedem a aplicação da pena ao autor considerado individualmente. Trata-se dos elementos individuais da culpabilidade no sistema jurídico penal e, por meio dela, se verifica a imputabilidade do sujeito (autor do fato), a possibilidade do conhecimento injusto e a (in) exigibilidade de conduta diversa.

A capacidade de culpabilidade ou imputabilidade é característica jurídica de seres humanos com níveis de desenvolvimento biológico e de normalidade psíquica necessários para compreender a natureza proibida de suas ações e orientar o comportamento de acordo com esse entendimento. Efetivamente, a capacidade de culpabilidade é capacidade de motivação, sendo de natureza eminentemente normativa, determinada pela aptidão de compreender a desaprovação jurídico-penal e pela capacidade de dirigir seu comportamento de acordo com esse entendimento.

Pela teoria da culpabilidade, a consciência do injusto ou consciência da antijuridicidade é considerada um elemento autônomo da culpabilidade, de forma que, apesar da ausência de tal conhecimento, podia justificar a pena do delito doloso no caso do erro de proibição vencível. Essa teoria, vinculada à finalista da ação, separa conhecimento do fato e conhecimento da antijuridicidade do fato: a consciência e vontade do fato constituem o dolo, como elemento subjetivo genérico dos delitos dolosos. A consciência da ilicitude é o elemento principal da culpabilidade, como fundamento concreto do juízo de reprovação.

Estando a consciência do fato no dolo e a consciência da antijuridicidade do fato na culpabilidade, isso traz como consequência a distinção entre erro sobre o tipo, que exclui o dolo, e erro sobre a proibição, que exclui ou reduz o juízo de reprovação. Assim, o erro sobre o conhecimento do fato exclui o dolo e o erro sobre a antijuridicidade do fato exclui a culpabilidade.

Em matéria tributária, a legislação carece de estabilidade e permanência, já que suas disposições são frequentemente modificadas ou derogadas ao sabor das inúmeras políticas tributárias estabelecidas para atender às flutuações da conjuntura econômica. Essa instabilidade se agrava em razão da existência de inúmeras normas, de diferentes hierarquias, editadas para regulamentar e interpretar seus alcances.

O terceiro elemento é a (in) exigibilidade de conduta diversa. Neste estudo, conclui-se que se trata de uma causa de exclusão da culpabilidade, ou seja, é o seu elemento negativo. Caracteriza-se a culpabilidade pela presença da imputabilidade e da possibilidade de conhecimento do injusto, porém isso não significaria que o ordenamento jurídico não teria razões para renunciar à reprovação da culpabilidade

e exculpar o acusado, absolvendo-o da pena pela presença da inexigibilidade de conduta diversa.

É diante da concepção de existência de uma face negativa para a culpabilidade que Jakobs (1997) formula o tipo negativo de culpabilidade. Assim, a relação das causas de inexigibilidade com o tipo de culpabilidade é análoga à das causas de justificação com o tipo de injusto. A ausência de inexigibilidade não é condição para estar presente a culpabilidade. Dessa forma, a inexigibilidade se apresenta como o tipo negativo da culpabilidade, ao passo que a imputabilidade e a consciência potencial da ilicitude se constituem nos seus elementos positivos.

Conforme essa posição, a culpabilidade é diminuída ou excluída quando o autor age com o ânimo exculpante ou em um contexto exculpante. A obediência à norma é inexigível se a motivação não jurídica do autor imputável, e que não respeita o fundamento de validade da norma, se explica por uma situação que, para ele se constitui em uma desgraça ou bem se pode imputar a outra pessoa, como no caso do estado de necessidade sob coação. O certo é que a inexigibilidade se fundamenta na situação de fato existente no momento da ação: o caráter ameaçador do contexto é que faz surgir a inexigibilidade de conduta diversa.

A posição de Frank (2002) sobre as circunstâncias concomitantes e seu significado em matéria de culpabilidade, foi a base do princípio de inexigibilidade, que prosperou depois na doutrina de Goldschmidt (2002) e Freudenthal (2003). Estes procederam à diferenciação entre reprovação e não reprovação, a partir da idéia de exigibilidade, desenvolvendo a teoria da exigibilidade como elemento da culpabilidade. Na verdade, a proposta de Goldschmidt (2002) era a consequência da aplicação prática da teoria das normas de dever e a intenção de Freudenthal (2003) era a de humanizar o juízo de culpabilidade e realizar a justiça individual.

A inexigibilidade é uma causa geral de exclusão da culpabilidade aplicável àqueles fatos não abrangidos pelas causas de exculpação previstas na lei. Para isso, é preciso comprovar que, no caso concreto, o sujeito não pôde atuar conforme a norma, a fim de que seja eximido da responsabilidade penal, sem necessidade de uma previsão legal específica.

Não comendo as normas de Direito Penal tributário um conjunto de disposições independentes de tal forma que exijam um novo e isolado Direito Penal, com regras próprias, é de se concluir que as suas regras gerais aplicam-se àquele. Essa característica permite classificar o Direito Penal tributário como um ramo do Direito Penal ou, em outras palavras, como uma forma de Direito Penal especial. Assim, as normas gerais aplicam-se a ele, entre elas aquela a que se refere à culpabilidade e, em consequência, à inexigibilidade de conduta diversa.

A inexigibilidade de conduta diversa se faz presente na situação das empresas e pessoas físicas obrigadas a não recolher o tributo devido, a fim de salvar o negócio e a si próprio da bancarrota e da insolvência. Não se trata, como se pode confundir, de perdão de dívida, já que esta remanesce executável a qualquer tempo, dentro do prazo prescricional da cobrança.

Quando se diz da absolvição dos acusados pela exclusão da culpabilidade, fala-se no Direito Penal como a *ultima ratio*, ou seja, o instrumento que somente deve ser utilizado para os casos graves de violação de bens jurídicos e não para cobrança de dívidas, de sorte que a ameaça de prisão a empresários em dificuldade financeira os obriga a contrair empréstimos, vender bens de familiares, entre outras atitudes tomadas, sem deixar de sublinhar que nem todos têm condições de contratar um bom advogado para proceder às suas defesas e enfrentar um processo penal demorado e estigmatizante.

Daí se conclui que, para a aplicação da inexigibilidade nos crimes contra a ordem tributária: 1) somente há uma situação de conflito quando está provado que a saúde financeira da empresa é precária ao ponto de encontrar-se em estágio de falência ou pré-falência; 2) a opção feita tenha sido efetivamente no sentido de preservação da empresa e não para lazer ou aumento de patrimônio dos sócios; 3) a precariedade dos recursos seja motivada pela situação econômica do país ou por fato estranho à responsabilidade dos sócios e não por gastos perdulários e má administração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGUADO, Paz M. de La Cuesta. *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dickinson, 2003.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Freitas Bastos, 1959. v. II.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Crimes contra a ordem tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Crimes contra a ordem tributária*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

ALVES, Roque de Brito. *Direito penal*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1973.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito penal tributário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Lecciones de derecho penal*. México: Universidad Nacional Autónoma, 1995.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A personalidade e a culpabilidade na medida da pena*. Rio de Janeiro: RDPen, 1974.

BACIGALUPO, Silvana. *La responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.

BALDAN, Edson Luís. *Fundamentos do direito penal econômico*. Curitiba: Juruá, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BERTI, Flávio Azambuja. *Federalismo fiscal e defesa de direitos do contribuinte: efetividade ou retórica*. São Paulo: Bookseller, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: RT, 1971. v. II.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Congresso Nacional. Mensagem nº. 340. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, p. 3200-3201, 20 jun. 1990a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 8.750/PR. Requerente: José Campos de Andrade. Requerido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 21 de outubro de 2004. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 302, 16 nov. 2004a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 4146/SP, Relator: José Dantas. Relator para o acórdão: Cid Flaquer Scartezini. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, 15 de março de 1995. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 9278, 10 abr. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 4772/SP, Relator Vicente Leal, Relator para acórdão: Luiz Vicente Cernicchiaro. Órgão julgador: Sexta Turma. Brasília, 27 de maio de 1996. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 36651, 27 maio 1996a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 113.964/PE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: José Fernandes de Freitas. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, 20 de outubro de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 188, 23 nov. 1998a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2.492/RS. Recorrente: Paulo Alaor Andreoli Pereira. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Francisco de Assis Toledo. Brasília, 23 de maio de 1990. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 7347, 6 ago. 1990b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 476.640/SE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Ivete Costa de Oliveira. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, 20 de abril de 2004. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 311, 2 abr. 2007a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. Órgão julgador: Corte Especial. Brasília, 28 de junho de 1990. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 6478, 3 jun. 1990c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 73.590-SP. Impetrante: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 6 de agosto de 1996. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 591, 13 dez 1996b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 77.631-SC. Impetrante: Miguel Teixeira Filho. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 3 de agosto de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 35, 19 ago., 1998b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 81.611-DF. Impetrante: José Eduardo Rangel de Alckmin. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 de dezembro de 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 6, 13 maio 2005d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82959-SP. Paciente: Oseas de Campos. Impetrante: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de fevereiro de 2006. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 118, 1 set 2006a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.409-SP. Impetrante: Antonio Cláudio Mariz de Oliveira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de dezembro de 2004. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 57, 19 ago. 2005c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 85.549-SP. Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 13 de setembro de 2005. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 12, 14 out. 2005a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 86.000-PE. Paciente: Etério Ramos Galvão. Impetrante: Arnaldo Malheiros Filho e outro (as). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 12 de dezembro de 2006. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 159, 2 fev. 2007b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 85.658-ES. Recorrente: Roberto Uchoa Netto. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 21 de junho de 2005. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 12, 12 ago. 2005b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 115.182-RN. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: José Bento de Melo e outro. Relator: Ministro Carlos Madeira. Brasília, 10 de maio de 1988. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 15257, 17 jun. 1988.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal n. 0105454/96. Apelante: Justiça Pública. Apelados: Paulo Roberto Fusco e Ane Shirley Damasceno Fusco. Relator: Juiz Fernando Gonçalves. Brasília, 11 de junho de 1996. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 68489, 16 set. 1996c.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal n. 2001.38.00.011318-9/MG, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, Brasília, 3 de março de 2008. Diário da Justiça Eletrônico da Justiça Federal, Brasília, DF, p. 117, de 14 mar. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal n. 2002.01.00.004155-2/RO. Apelante: Francisco Alves Filho. Apelado: Justiça Pública. Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília, 15 de abril de 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 157, 6 jun. 2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal n. 2003.38.00.028306-3/MG, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, Brasília, 9 de outubro de 2007. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p.78, de 30 out. 2007c.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Habeas Corpus n. 2004.03.00.041350-4/SP. Impetrante: Aloísio Gomes da Rocha. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo/Capital. Relator: Desembargador Federal André Nabarrete. São Paulo, 4 de outubro de 2004. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 365, 26 out. 2004b.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 97.04.39564-7/PR. Relator: Juiz Gilson Dipp. Porto Alegre, 9 de dezembro de 1997. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 143, 4 fev. 1998c.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal n. 2004.83.00.021320-7, Rel. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, Rev. Margarida Cantarelli, Quarta Turma, Recife, 12 de setembro de 2006. Diário da Justiça, Brasília, DF, p. 1116, de 13 out. 2006b.

BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARDOSO, Fernando Navarro. El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Conan, 1995.

CARRARA, Francesco. *Derecho penal*. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995. Colección Clásicos del Derecho.

CEREZO MIR, José. *Curso de direito penal espanhol*. Madrid: Tecnos, 1992. t. II.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de outra conducta en derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. O absurdo das denúncias genéricas: ou, o mágico de Oz e o Estado-Leviatã, uma simbiose sinistra. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

COYLE, Diane. *Sexo, drogas e economia: uma introdução não-convencional à economia do século 21*. São Paulo: Futura, 2003.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1994.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *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.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Traducción al castellano de la 14. ed. alemana por Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires : Editorial Hammurabi S. R. I., 1989.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires : Editorial B de F, 2002. Coleção Maestros del Derecho Penal, n. 1.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. *Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno*. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2001.

_____. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Buenos Aires : Editorial B de F, 2003. Coleção Maestros del Derecho Penal, n. 11.

GARLAND, David. *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa, 2001.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de derecho penal*. Madrid : Tecnos, 1990.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2. ed. Buenos Aires : Editorial B de F, 2002. Coleção Maestros del Derecho Penal, n. 7.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Crimes previdenciários. In: *As ciências criminais do século XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. *Planejamento tributário: elisão e evasão fiscal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1995.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Valencia : Tirant lo blanch, 1999.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Coimbra: Atlântida, 1960.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

LOPES, Rodrigo Fernando de Freitas. *Crime de sonegação fiscal: a crise do Estado como causa de exclusão da culpabilidade*. Curitiba: Juruá, 2002.

LOVATTO, Alécio Adão. *Crimes tributários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal: parte general I*. Madrid : Editorial Universitas, 1996.

MACIEL FILHO, Euro Bento. *Crimes previdenciários*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de direito penal tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: SALOMÃO, Heloisa Estellita (Org.). *Direito penal empresarial*. São Paulo : Dialética, 2001. p. 107-136.

MARQUES, José Frederico. *Direito penal tributário*. São Paulo: IBDT/Resenha Tributária, 1975.

_____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. v. II.

MARQUES, Osvaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2000.

MARTÍN, Luis Gracia. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Teoria da imposição tributária. In: _____ (Coord.). *Curso de direito tributário*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MERCADO, Pedro. Proceso de globalización, el estado y el derecho. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (Coord). *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid : Ediciones Akal, 2005.

MEZGER, Edmundo. *Derecho penal: libro de estudio, parte general*. Buenos Aires: Librería El Foro, 2000. t. 1.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Barcelona: Barcelona, 1998.

_____. *Función de la pena y teoría del delito en el estado democrático de derecho*. Barcelona: Bosch, 1982.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo : Atlas, 1994, v. 1.

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1999.

MONTE, Elio lo. *Princípios de derecho penal tributario*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

NAHUM, Marco Antônio R. *Inexigibilidade de conduta diversa*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

NORONHA, Magalhães de. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

OLIVEIRA, Edmundo. *Comentários ao código penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1989.

PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*. Granada: Editorial Comares, 2002.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del big crunch en la selección de bienes jurídico-penales: especial referencia al ámbito económico. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (Coord). *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid : Ediciones Akal, 2005.

RAMOS, Luis Rodríguez. ¿Derecho penal figurativo, abstrato o surrealista?: la prescripción de la estafa en la STS de 14 de marzo de 2003. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca : Ediciones Universidad Salamanca, 2004.

RAMONET, Ignácio. *Guerras del siglo XXI*. Nuevos miedos, nuevas amenazas. Barcelona: Grijalbo Mondadori, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: José Bushasky Editor, 1971.

RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues. *Questões relevantes de direito penal tributário*. São Paulo : Malheiros, 1997.

RIGHI, Esteban. *Derecho penal económico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. *Manual de direito financeiro & direito tributário*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997. t. 1.

SALAS, Jaime Couso. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*. Valencia : Tirant Lo Blanch, 2006.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direito penal tributário: aspectos relevantes*. São Paulo : Bookseller, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

_____. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Guilherme José Ferreira da Silva. *Incapacidade criminal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Juari C. *A macrocriminalidade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*. Madrid : Ed. Trotta, 1995.

TIEDEMAN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona : Editorial Ariel, 1985.

_____. *Lecciones de derecho penal económico*. Barcelona : Editora PPU, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.

TÔRRES, Ana Maria Campos. *A busca e apreensão e o devido processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte : Del Rey, 1992.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Chile: Editora Jurídica de Chile, 1997.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1976.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz

Maria Puente (Coord.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2004.

ARTIGOS DE REVISTAS

ARRECADAÇÃO aumenta 11% em 2007. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Dinheiro, Caderno B, p. 26, 18 jan. 2008.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 15, n. 2, p. 209-227, abr./jun., 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun., 2007.

DERZI, Mizabel Abreu Machado. Da unidade do injusto penal tributário. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, Malheiros, n. 63, p. 217-229, 1994.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Crime de omissão de recolhimento de impostos e de contribuições: aspectos constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n. 133, jan./mar., 1997.

_____. Novas considerações sobre o crime de omissão de recolhimento de tributos e contribuições. *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n. 139, jul./set., 1998.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 185-207, jul./set. 1995.

FONTELES, Cláudio. A constituição do crédito tributário não é condição objetiva de punibilidade aos delitos contra a ordem tributária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 91, v. 796, p. 492-497, fev., 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios político-criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 11, 1995.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes de sonegação fiscal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 455, p. 73, 1973.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. Novos crimes previdenciários: Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000: primeiras impressões. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, v. 64, p. 70-90, jan., 2001.

MEIO ELETRÔNICO

CARGA tributária atingiu 38,80% do PIB, diz IBPT. *Globo online*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2007/02/28/294742772.asp>. Acesso em: 13 mar., 2007. p. 1.

MACHADO, Hugo de Brito. *Extinção do crédito e extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária*. Disponível em: <http://www.hugomachado.adv.br>. Acesso em: 23 jul. 2007. p. 1-5.

RECUPERAR o dinheiro desviado para paraísos financeiros em operações fraudulentas nas mais diversas esferas dos governos federal, estaduais e municipais. *Último segundo*. Disponível em: www.ultimosegundo.ig.com.br/materias/brasil. Acesso em: 25 fev. 2007, p. 1.

SANTOS JÚNIOR, Aldo Batista. *A alta carga tributária no Brasil e a reforma tributária*. Disponível em: <www.esamc.br/downloads/artigos_e_palestras>. Acesso em: 26 fev., 2007. p. 1-3.