

DESCONHECIMENTO DO INJUSTO, DESCONHECIMENTO DA LEI E CRIMES ECONÔMICOS

Robson Antonio Galvão da Silva *

Rodrigo Sánchez Rios **

RESUMO

O desconhecimento do injusto e o desconhecimento da lei são conceitos arbitrariamente opostos pela doutrina dominante brasileira, o que traz como conseqüência a não aceitação da ignorância da lei como erro de proibição direto. Embora se tratem de conceitos diversos, que não se recobrem reciprocamente, não se excluem inteiramente, porque o desconhecimento da lei pode sim fundamentar a ausência de consciência do injusto e, assim, afastar a culpabilidade. Para saber em quais situações pode se configurar o erro de proibição é imprescindível precisar o que o autor deve saber para ter conhecimento do injusto do fato e, assim, poder haver reprovação. Vale dizer, é imprescindível precisar qual é o objeto do conhecimento do injusto, pois se trata de aspecto fundamental para se identificar em quais situações se configura o erro de proibição. Todavia, essa discussão é praticamente ausente na doutrina brasileira, que se limita a difundir o entendimento de JESCHECK/WEIGEND. Analisando-se as teorias dominantes na atualidade, no entanto, pode-se concluir que a máxima *ignorantia legis neminem excusat* não pode constituir um postulado extrínseco que delimite e vá servir de critério à falta de conhecimento do injusto. O conhecimento do injusto, elemento principal da culpabilidade, é que comanda o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei e lhe assinala o seu sentido e limites. Não se pode mais admitir que, com base em uma máxima destituída de fundamentos concretos e plausíveis, continuem a existir condenações em casos em que o autor não tinha conhecimento do injusto e, assim, agiu sem culpa, violando-se um dos principais pilares do Direito Penal Moderno. O assunto é de especial relevância aos crimes econômicos, uma vez que, normalmente, para conhecimento do injusto se faz necessário o conhecimento da lei,

* Especialista em Direito Penal e Criminologia pela UFPR. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidad Castilla-La Mancha. Mestrando em Direito na PUC-PR.

** Doutor em Direito pela Università degli studi di Roma.

sendo grande o número de casos nos tribunais pátrios em que, nessa seara, há condenações sem culpa.

PALAVRAS-CHAVES: PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE; OBJETO DO CONHECIMENTO DO INJUSTO; DESCONHECIMENTO DA LEI; ERRO DE PROIBIÇÃO DIRETO; DELITOS ECONÔMICOS.

RESUMENEM

El desconocimiento de lo injusto y el desconocimiento de la ley son conceptos opuestos arbitrariamente en la doctrina brasileña dominante, y cuya consecuencia es el hecho de que no se acepte la ignorancia de la ley como error de prohibición directo. Aunque sean dos conceptos diversos, que no se recubren recíprocamente, no se excluyen totalmente, porque el desconocimiento de la ley puede fundamentar perfectamente la ausencia de consciencia de lo injusto y, de ese modo, desplazar la culpabilidad. Pero para saber en qué situaciones se puede configurar el error de prohibición, es imprescindible precisar aquello que el autor debe saber para tener conocimiento de lo injusto de un hecho, a fin de que se pueda admitir el reproche. Vale decir que, es imprescindible precisar el objeto del conocimiento de lo injusto, puesto que se trata de un aspecto fundamental para identificar en qué situaciones se configura el error de prohibición. No obstante, esta discusión prácticamente está ausente en la doctrina brasileña, que se limita a difundir el entendimiento de JESCHECK/WEIGEND. Si analizamos las tendencias actuales de las teorías dominantes, sin embargo, se puede llegar a la conclusión de que la máxima *ignorantia legis neminem excusat* no constituye un postulado extrínseco que delimite y que vaya a servir de criterio a la falta de conocimiento de lo injusto. El conocimiento de lo injusto, elemento principal de la culpabilidad, es el que rige el principio de la irrelevancia del desconocimiento de la ley y le asigna sentido y límites. No se puede admitir definitivamente que, en base a una máxima destituida de fundamentos concretos y plausibles, se continúen a imponer condenas para casos en el que el autor no tenía conocimiento de lo injusto y, de ese modo, actuó sin culpa, violando uno de los principales pilares del Derecho Penal Moderno. El asunto tiene especial relevancia con relación a los delitos económicos, puesto que, normalmente, para que haya conocimiento de lo injusto es necesario el conocimiento de la norma. Hay un gran

número de casos que tramitan en los tribunales patrios en los que a menudo, en ese campo, se condena sin culpa.

PALAVRAS-CLAVE: PRINCIPIO DE LA CULPABILIDAD; OBJETO DEL CONOCIMIENTO DE LO INJUSTO; DESCONOCIMIENTO DE LA LEY; ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO; CRÍMENES ECONÓMICOS.

INTRODUÇÃO

O moderno Direito Penal do Estado Democrático de Direito baseia-se em dois pilares fundamentais, quais sejam, o princípio da legalidade e o princípio da culpabilidade. Este último, como hodiernamente estruturado, tem por fundamento a imputabilidade (capacidade de saber o que faz), a consciência da antijuridicidade (saber realmente o que faz) e a exigibilidade de conduta diversa (poder de não fazer o que faz). Trata-se de um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar contrário ao direito.¹

Como lembram CONDE/ARÁN, a consciência da antijuridicidade “*no é um elemento supérfluo da culpabilidade senão, ao contrário, um elemento principal e o que lhe dá sua razão de ser*”.² Para JESCHECK/WEIGEND, trata-se do núcleo central da reprovação de culpabilidade, posto que a decisão de cometer o fato adotada com pleno conhecimento de sua contrariedade à norma jurídica evidencia do modo mais claro possível a deficiência de uma atitude jurídica interna que prejudica o autor.³

Porém, proporcional à relevância é a complexidade do tema, como lembra FIGUEIREDO DIAS:

*“O problema que aqui se considera ganhou desde há bastante tempo direito a ser tido como um dos mais importantes e debatidos, mas simultaneamente um dos mais complexos e obscuros, de todo o direito penal”.*⁴

¹ Nesse sentido, na doutrina nacional, vide por todos SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008. p. 281/282.

² CONDE, Francisco Muñoz/ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. p. 381.

³ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Granada: Comares, 2002. p. 486.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 1.

Como afirmam MAURACH/ZIPF⁵, a consciência do injusto constitui um ponto de união especialmente destacado entre a dogmática penal, a política criminal e a criminologia.

Sob o ponto de vista criminológico, são aspectos relevantes a internalização das normas por parte dos jovens, o choque de culturas distintas e, especialmente, o nível cultural da população. Sob o enfoque de política criminal, trata-se, por um lado, de entender o princípio da culpabilidade em relação com a concreta situação do autor no momento do exame da evitabilidade e, por outro, de observar a aceitação das normas e a confiança no ordenamento jurídico.⁶ Por fim, sob o ponto de vista da dogmática, entendida como meio de defesa do cidadão frente ao *jus puniendi* estatal, trata-se da limitação da criminalização em casos em que não pode haver reprovação.

Quanto a esse elemento essencial da culpabilidade, muito relevante é a questão acerca do que consiste o substrato psíquico mínimo de conhecimento do injusto para a configurar. Realmente, é imprescindível precisar o que o autor deve saber para ter conhecimento do injusto do fato e, assim, poder existir a reprovação.

Em que pese a relevância do assunto, a discussão é praticamente ausente na doutrina dominante brasileira, que, basicamente, se limita a reproduzir o posicionamento de JESCHECK/WEIGEND e com a finalidade de tentar justificar que o desconhecimento da lei sempre seria inescusável.⁷ Porém, trata-se de aspecto fundamental para se identificar em quais situações se configura o erro de proibição.

Assim, o objeto do presente trabalho é a análise das principais teorias existentes sobre o assunto, uma vez que a doutrina dominante brasileira não define, precisamente, o que o autor deve saber para ter conhecimento do injusto do fato e, assim, poder haver reprovação. Pretende-se, ainda, tecer algumas considerações sobre o desconhecimento do injusto e o desconhecimento da lei, em virtude da oposição dos conceitos feita pela doutrina nacional. Por fim, será feita uma especial menção aos crimes econômicos, setor em que, na maioria dos casos, o conhecimento do injusto depende do conhecimento da lei. É no Direito Penal Econômico, também, que está

⁵ MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Hein. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. p. 673.

⁶ *Idem. Ibidem.*

⁷ Nesse sentido, MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 202.

ocorrendo o maior número de condenações nos tribunais sem que o autor tenha agido com culpa, sendo o assunto de grande importância prática.

2 PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE O OBJETO DO CONHECIMENTO DO INJUSTO

Como afirmado, o tema não é objeto de análise pela doutrina brasileira dominante. Porém, são exceções, dignas de registro, CIRINO DOS SANTOS⁸ e ASSIS TOLEDO⁹. O primeiro registra que a definição do objeto da consciência do injusto é controvertida na literatura penal contemporânea, existindo, ao menos, três teorias, quais sejam: tradicional, moderna e intermediária. Já ASSIS TOLEDO faz referência à classificação feita por RODA, que fala em critério material, formal e intermediário.

Pode-se afirmar, realmente, que são três as principais teorias sobre assunto e dentro de cada uma existem algumas posições diversas. Num primeiro grupo se encontram os autores que defendem ser necessário para configurar o conhecimento do injusto apenas a consciência de que a conduta está em contradição com a ordem moral ou com os valores sociais, não sendo necessária a consciência de contrariedade ao ordenamento jurídico e nem da punibilidade da conduta.

Em posição oposta estão os autores que defendem ser necessário o conhecimento da punibilidade da conduta. Alguns defendem que é necessário o conhecimento da punibilidade penal específica, ao passo que outros sustentam ser necessária a consciência de que a ação infringe uma norma sujeita genericamente a uma sanção, não necessariamente, portanto, penal.

Por fim, num terceiro grupo, em posição intermediária, encontram-se os autores que defendem que conhecer a imoralidade do comportamento seria insuficiente e conhecer a punibilidade da ação seria desnecessário. Assim, o objeto da consciência do injusto seria o conhecimento de contrariedade ao ordenamento jurídico, mais precisamente, da lesão a um bem juridicamente protegido.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 310.

⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

2.1 Ordem moral e valores sociais como objeto do conhecimento do injusto

Pode-se citar como os principais defensores desse entendimento SAUER, GALLAS, HIPPEL, C. ESPÓSITO, MAYER e ARTHUR KAUFMANN.¹⁰ Atualmente, na Alemanha, no entanto, parece que apenas SCHMIDHAÜSER sustenta essa teoria.¹¹

Conforme tal teoria, o objeto do conhecimento do injusto é a contradição entre seu comportamento e a ordem social, independentemente de conhecer a violação ao ordenamento jurídico ou a punibilidade do fato.

Incluem-se como partidários desse posicionamento os que falam em *conhecimento da periculosidade e danosidade social* (SAURER), em *consciência da contrariedade ao valor social* (GALLAS), em *conhecimento da imoralidade da conduta* (HIPPEL e C. ESPÓSITO) e em *conhecimento da lesão de um interesse social* (KAUFMANN e MAYER).¹²

É importante esclarecer que essa teoria foi prestigiada na Alemanha nos anos pós-guerra por questões, especialmente, de política criminal, dando nova vigência a uma postura jusnaturalista fundada nas *normas de cultura* de MAYER, segundo o qual a obrigatoriedade da lei não descansa em seu conhecimento senão na circunstância de que as normas jurídicas coincidem com as normas de cultura, cuja obrigatoriedade é conhecida pelo sujeito. A questão foi muito influenciada pela problemática da delinquência nacional-socialista que podia encontrar refúgio para seus crimes em uma concepção formal de injusto.¹³ Era usual que entre as alegações da defesa figurasse o erro de proibição, pois muitos desses autores seguiam normas jurídicas válidas no momento da realização dos fatos. Nesse contexto, não é de se estranhar que KAUFMANN tenha se esforçado em tentar demonstrar que o objeto do conhecimento do injusto seria a chamada antijuridicidade material.¹⁴

¹⁰ RODA, Juan Córdoba. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Barcelona, Bosch, 1986. p. 90 e seguintes.

¹¹ Conforme SABORIT, David Felip i. *Error Iuris: El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*. Madrid: Atelier, 2007.

¹² Citados por RODA, Juan Córdoba. *Ob. cit.* p. 90.

¹³ MARTÍN, Adán Nieto. *El conocimiento del Derecho*. Madrid: Atelier Penal, 2006. p. 75.

¹⁴ *Idem. Ibidem.*

Em que pesem as vantagens práticas sob o ponto de vista processual gerados por essa teoria, ela encontra dificuldades derivadas dos casos em que não há coincidência entre os conceitos de injusto material e formal.

Sob um primeiro aspecto, há casos em que uma conduta é antijurídica sob um ponto de vista formal sem que lhe corresponda um injusto material. Em todos os ordenamentos jurídicos existem várias condutas delitivas às quais não correspondem injustos materiais, especialmente no âmbito das contravenções. O problema se torna ainda mais evidente no atual Direito Penal da sociedade pós-industrial, em que cada vez mais condutas baseadas apenas no desvalor da ação são criminalizadas (direito penal de perigo), como o caso, no Brasil, *v.g.*, do armazenamento da lenha em depósito sem autorização da autoridade administrativa competente ou a utilização de motosserra sem registro ou prévia autorização administrativa. Nesse caso, a proibição sob ameaça de pena criminal se choca com as normas ético-sociais.

Num segundo aspecto, há os casos inversos de um comportamento que representa uma grave lesão de bens sociais e que não estão proibidas pela lei. Parece claro que a tipificação de condutas, especialmente no Brasil, surge, muitas vezes, de motivações oportunistas e desvinculadas de interesses de proteção ético-sociais efetivos.

Além disso, diante daqueles que sustentam que o conteúdo do conhecimento do injusto está integrado pela representação da conduta anti-social ou imoral, é necessário objetar que, além de se valer de expressões bastante confusas, empregam um termo que não corresponde ao direito positivo, ao que se deve referir necessariamente o conhecimento do injusto. Os delinquentes políticos, ao crer que produzem um bem à sociedade, e os habituais, ao estarem privados de todo sentido moral, não deveriam ser castigados por falta da representação da imoralidade ou da antisocialidade, respectivamente, de sua ação.

No atual Estado contemporâneo há evidente separação entre direito e moral. Contundente, também, a advertência de MARTÍN, no sentido de que nos atuais Estados plurais, multiculturalistas, não é admissível pensar que ao princípio de culpabilidade baste o conhecimento da contravenção a uma lei moral para entender satisfeito o requisito do conhecimento do injusto. A moral é, atualmente, um fenômeno plural, não se podendo afirmar que em um Estado todos os cidadãos tenham uma moral coincidente.

No mesmo sentido, ROXIN registra que os valores sociais e morais são tão alteráveis em uma sociedade pluralista que o Direito não pode exigir a orientação incondicional por elas.¹⁵

Para se aceitar essa teoria seria necessário reconhecer a identidade entre as proibições legais e as proibições ético-sociais, o que não parece factível, especialmente nos atuais Estados contemporâneos.

Por isso, é praticamente unânime, na atualidade, o entendimento de que não é suficiente que o autor tenha consciência de que sua conduta vulnera os princípios ético-sociais ou morais imperantes na sociedade, posto que não é condição necessária nem suficiente para formular uma proibição jurídica de qualquer classe.¹⁶

Como afirmado inicialmente, essa concepção se encontra atualmente superada.

2.2 Punibilidade como objeto do conhecimento do injusto

Na Alemanha, esse posicionamento é representado especialmente por OTTO¹⁷. Como lembra SABORIT, também se encontram entre seus adeptos NEUMANN e SCHRÖEDER. Na Espanha vale citar SILVA SÁNCHEZ e BACIGALUPO.¹⁸

Segundo o entendimento de OTTO, é necessário o *conhecimento da punibilidade do comportamento através de um tipo penal*, ou seja, conhecimento de infringir uma prescrição penal (punível), ainda que não se exija conhecimento minucioso dos termos da lei.

Porém, entre os adeptos dessa teoria também estão os que entendem não ser necessário o conhecimento da punibilidade penal, mas sim de uma punibilidade genérica. Vale destacar a seguinte lição que analisa as propostas de NEUMANN e SCHRÖEDER:

“Ele (Neumann) considera que é necessário que o sujeito saiba que a resposta estatal à infração que está cometendo será uma sanção. Consciência do injusto seria consciência da sancionabilidade jurídica do comportamento realizado. Segundo ele, não é suficiente que o sujeito seja conhecedor de que viola uma norma de Direito civil, administrativo ou

¹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Granada: Civitas, 1997. p. 866.

¹⁶ SABORIT, David Felip i. *Ob. cit.* p. 110.

¹⁷ OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. De Gruyeter, 1996. p. 203.

¹⁸ SABORIT, David Felip i. *Ob. cit.* p. 116.

disciplinador, senão que é preciso o conhecimento de que o comportamento vulnera uma norma que desaprova o fato e o considera merecedor de sanção.

(...)

*Finalmente, existem aqueles que opinam que a consciência do injusto comporta o conhecimento do caráter penal da proibição do fato. Seu mais conspícuo representante é F.C. SCHROEDER. Para este autor, existe uma grande diferença entre se o ordenamento jurídico, por exemplo, ameaça um comportamento com uma pena criminal, ou bem prevê meramente a obrigação de indenizar alguns danos. Quando um sujeito erra sobre a punibilidade do fato que está realizando, não incorre simplesmente em um erro sobre as conseqüências jurídicas da infração, senão que desconhece o específico juízo de desvalor expresso na norma penal e, por tanto, incorre um erro sobre a proibição, até o ponto que o simples conhecimento da contravenionalidade da infração cometida não poderia substituir à consciência da punibilidade”.*¹⁹

Compartilham o entendimento de NEUMANN, no sentido de que não é necessário o conhecimento de que o comportamento do autor é sancionado penalmente, mas que viola uma norma do ordenamento jurídico que outorga ao Estado a possibilidade de empreender medidas com o fim de impedi-la ou sancioná-la, JAKOBS e STRATENWERTH.²⁰ Partidários do entendimento de OTTO e SCHRÖEDER são os já mencionados BACIGALUPO e SILVA SÁNCHEZ.

Tenta-se atribuir validade a essa teoria, especialmente na formulação de OTTO e SCHRÖEDER, pela admissão da prevenção geral como uma das funções do Direito Penal. Realmente, se a coação psicológica da pena deve evitar o cometimento do delito, reconhece-se que o autor da conduta tenha conhecimento da norma que optará por violar ou não.

Como crítica a essa teoria, sustenta-se que ela geraria conseqüências realmente insustentáveis, a ponto de se afirmar - ao que parece de maneira exagerada - que somente o jurista seria capaz de delinquir. Exigir um conhecimento técnico-jurídico completo da norma não seria praticável nem, possivelmente, desejável.

Porém, a crítica mais factível é feita por ROXIN, em dois principais aspectos. Em primeiro lugar, de índole basicamente prática, a distinção teria muito pouca incidência, pois o cidadão médio identifica quase sempre proibição com proibição penal. Em segundo lugar, o conhecimento de que um determinado fato está proibido deve ser suficiente para motivar um comportamento conforme o Direito. Se isso é conhecido, o resto seria apenas especulações sobre a mera impunidade que não merecem nenhuma atenuação. Para corroborar a crítica, menciona o exemplo daquele que sabe que com a utilização de um veículo alheio está cometendo uma conduta

¹⁹ SABORIT, David Felip i. *Ob. cit.* p. 116.

²⁰ Citados por MARTÍN, Adián Nieto. *Ob. cit.* p. 98.

proibida por ser uma apropriação não permitida pelo Direito Privado, embora não tenha nem idéia de que isso constitua um delito. Tal sujeito não se encontraria em um erro de proibição nem mereceria uma atenuação da pena.²¹

2.3 Posição intermediária

A teoria intermediária é, atualmente, dominante na Alemanha, tanto na doutrina como na jurisprudência, sendo representada especialmente por ROXIN²². A consciência do injusto significa que o sujeito sabe que o que faz está juridicamente proibido. Conhecer a imoralidade do comportamento seria insuficiente e conhecer a punibilidade da ação seria desnecessário. Trata-se, assim, de vincular o desvalor social ou pré-jurídico do fato à existência de uma norma jurídica ou preceptiva. Vale citar as palavras do autor:

“Consciência da antijuridicidade significa: o sujeito sabe que o que faz não está juridicamente permitido, senão proibido’ (BGHSt 2, 196). Segundo isso, para a consciência da antijuridicidade não basta a consciência da danosidade social ou da contrariedade à moral da própria conduta; porém, por outro lado, tampouco é necessária segundo a opinião dominante a consciência da punibilidade. Exige-se demasiado pouco quando se considera suficiente para a consciência da antijuridicidade a consciência da danosidade ou da imoralidade. (...);

*De outra via, segundo jurisprudência constante e opinião totalmente dominante, a consciência da punibilidade não é necessária para o conhecimento da proibição; se o legislador quisesse exigí-la, deveria ter falado de ‘compreensão de atuar de maneira punível’ e não de ‘compreensão de fazer algo injusto’”.*²³

Importante notar, no entanto, que o conhecimento da contrariedade ao ordenamento jurídico como objeto do conhecimento do injusto não se refere a uma proibição abstrata, mas sim à relação com o injusto concreto do tipo correspondente. Nas palavras do autor:

*“Sem embargo, a afirmação de que a antijuridicidade é o objeto do conhecimento do injusto requer ainda uma ulterior precisão. Com efeito, a antijuridicidade é o ponto de referência de um erro relevante conforme o parágrafo 17 no tipo correspondente: ‘A consciência da antijuridicidade existe quando o sujeito reconhece como injusto a lesão específica do bem jurídico abarcado pelo tipo aplicável’”.*²⁴

Também adeptos dessa posição são MAURACK/ZIPF²⁵, para quem a consciência do ilícito deve estar referida ao tipo, isto é, que o autor esteja em situação

²¹ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 867/868.

²² *Idem. Ibidem.*

²³ *Idem.* p. 867.

²⁴ *Idem.* p. 869.

²⁵ MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Hein. *Ob. cit.* p. 673.

de reconhecer como ilícito a específica violação do bem jurídico que abarca o respectivo tipo penal. É necessário e suficiente o conhecimento do imperativo da norma. Não é imprescindível que o sujeito conheça as fontes nem a forma de aparição da mesma. É, por outro lado, insuficiente o simples conhecimento da antisocialidade ou imoralidade da conduta.

Assim, o conhecimento do injusto não importa nem o conhecimento da punibilidade do comportamento nem o da disposição legal que contém a proibição. Não basta, no entanto, que o sujeito tenha conhecimento de que sua conduta é reprovável moralmente.

RUDOLPHI, por seu turno, afirma que o conhecimento da antijuridicidade significa conhecer o total desvalor do fato, o que requer conhecer, em primeiro lugar, que se contravenha uma norma do ordenamento jurídico. Em segundo lugar, conhecer o injusto global do fato requer também constatar que se é consciente do desvalor material do próprio comportamento.²⁶

2.4 A doutrina brasileira e o posicionamento de JESCHECK/WEIGEND

Como já afirmado, parte da doutrina nacional dominante menciona apenas o posicionamento de JESCHECK/WEIGEND e com o fim de concluir que a ignorância da lei não constitui modalidade de erro de proibição direito.

Assim, diante da relevante consequência que se pretende extrair da adoção desse posicionamento e de algumas alterações interpretativas, uma análise mais minuciosa se faz necessária. Digno de transcrição é o seguinte trecho:

“O Direito vigente também trouxe consigo uma clareza essencial para o conteúdo da consciência da antijuridicidade, pois se faz menção ao injusto como objeto do conhecimento da proibição. Ao contrário, o legislador deixou aberta a questão relativa à precisão da consciência da antijuridicidade.

a) Em todo caso, o objeto da consciência do injusto não é o conhecimento do preceito jurídico vulnerado nem a punibilidade do fato (BGH 15, 377 [382 y ss.]). É suficiente, ao contrário, que o autor saiba que seu comportamento contradiz as exigências da ordem comunitária e que, por conseguinte, está juridicamente proibido. Em outras palavras: é suficiente o conhecimento da antijuridicidade material, como ‘conhecimento ao modo do profano’ (BGH 10, 35 [41]). Por outro lado, a consciência da contrariedade aos costumes não fundamenta o conhecimento do injusto (BGH GA 1969, 61). Porém, normalmente é exatamente esta consciência que faz aparecer o erro de proibição como vencível, já que em tal caso o autor terá oportunidade para refletir sobre a valoração jurídica de sua ação. O conhecimento da antijuridicidade material significa que o autor crê estar infringindo uma norma penal, civil ou administrativa (BGH 11, 263 [266]).

²⁶ Citado por MARTÍN, Adán Nieto. *Ob. cit.* p. 93.

(...).

*Para o conhecimento do injusto basta a consciência de que se vulnera uma norma jurídica formalmente válida, já que sendo assim o autor sabe necessariamente que contravém o Direito vigente, ainda que se tenha convencido da utilidade social de seu comportamento”.*²⁷

A primeira constatação que se deve fazer é que o posicionamento de JESCHEK/WEIGEND não entende como necessário apenas a consciência de violação aos costumes, como deixa expresso. Conforme afirmam, é preciso, ao contrário, que o autor saiba que seu comportamento contradiz as exigências da ordem comunitária e que, por conseguinte, está juridicamente proibido. E, mais adiante, asseveram que o conhecimento da antijuridicidade material significa que o autor crê estar infringindo uma norma penal, civil ou administrativa. Por fim, ressaltam a questão do criminoso por convicção, sendo indiferente que esteja convencido da utilidade social de sua conduta. Ao contrário, basta o conhecimento de que se vulnera uma norma jurídica formalmente válida. Além disso, quando tratam do erro de proibição direto, registram que esse erro pode se basear no seguinte: que a norma de proibição não é conhecida pelo autor, ou que, na verdade, o autor a conhece, mas a considera inválida, ou a interpreta erroneamente e, por isso, não a considera aplicável.

Sobre a consequência que pretende se adotar desse posicionamento no Brasil, importante citar a lição de CIRINO DOS SANTOS:

*“Alguns autores, para mostrar que ignorância de lei não constitui modalidade de erro de proibição direto, referem opinião de JESCHECK sobre o objeto da consciência do injusto – um conceito de natureza diversa, definido pelo mínimo de consciência de antijuridicidade material necessário para indicar a contradição do comportamento com a ordem comunitária – e extraem da posição de JESCHECK sobre o conteúdo mínimo de conhecimento necessário para caracterizar a consciência do injusto o disparate lógico de que a ignorância da lei não seria modalidade de inconsciência do injusto e, portanto, não poderia constituir espécie de erro de proibição direto. Ao contrário, em vez desse óbvio equívoco de interpretação, o insigne jurista alemão afirma que ‘este erro (de proibição direto) pode se basear no seguinte, que a norma de proibição não é conhecida pelo autor, ou que, na verdade, o autor a conhece, mas a considera inválida, ou a interpreta erroneamente e, por isso, não a considera aplicável’. Como se vê, não é possível extrair da tese de JESCHECK sobre o conteúdo mínimo necessário para positivo conhecimento do injusto (consciência da contradição entre comportamento e ordem comunitária), a tese diferente de que o inevitável desconhecimento da lei é inescusável, sendo apenas circunstância atenuante”.*²⁸

²⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas. *Ob. cit.* p. 487/488. Sem destaques no original.

²⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 324.

Diante disso, constata-se o equívoco da doutrina brasileira dominante ao tentar se valer da lição de JESCHECK/WEIGEND para sustentar que o desconhecimento da lei *sempre* seria inescusável, oriunda da oposição dos conceitos de desconhecimento do injusto e desconhecimento da lei.

3 DESCONHECIMENTO DO INJUSTO E DESCONHECIMENTO DA LEI

Como consignado no início, sem a definição exata de qual é o objeto do conhecimento do injusto, o estudo sobre o erro de proibição fica prejudicado. Feita a análise das principais teorias existentes sobre o assunto, sendo, na atualidade, praticamente unânime que não basta o conhecimento da violação aos valores sociais ou morais, relevante é a questão referente aos conceitos de *desconhecimento do injusto* e *desconhecimento da lei*, especialmente diante da oposição feita pela doutrina nacional dominante.

Presente já no direito Justiniano, consagrada no *Codex Legum Visigothorum* e reforçada pela obra dos glosadores, a máxima *ignorantia legis neminem excusat* estabeleceu-se, sobretudo nos países latinos, como princípio intocável do direito moderno.²⁹ Todavia, a coincidência entre essas questões (desconhecimento da lei e desconhecimento do injusto) só teve lugar na história quando do positivismo legalista.

É inegável que a irrelevância do desconhecimento da lei penal foi historicamente identificada, de forma prevalente, com a irrelevância do erro de direito penal. Todavia, vencida a irrelevância do erro de direito desde meados do século passado, a ignorância da lei tem sido suscitada por questões processuais, de segurança jurídica e de validade da lei. Realmente, tenta-se fundamentá-la pelas seguintes formulações: a) através de uma ficção legal existiria o dever de todos conhecer a lei; b) se o Estado tem a obrigação de tutelar juridicamente todos os cidadãos, estes teriam a obrigação cívica de conhecer a lei; e, c) haveria uma necessidade política, pois se pudesse evocar-se o desconhecimento da lei seriam criados muitos problemas de ordem prática, impedindo o bom funcionamento da justiça.

Assim, ao se buscar a fundamentação de tal princípio, perde-se muito de sua rigidez e de sua indiscutibilidade. Essa fundamentação atual, como facilmente se percebe, baseia-se em meras presunções e ficções. Quanto aos dois primeiros aspectos

²⁹ Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.* p. 53.

(obrigação de conhecer a lei), têm-se suscitado duas considerações. A primeira, no sentido de que uma obrigação só tem fundamento para subsistir na medida em que seja exigível e exigir de todos os membros da comunidade um conhecimento da lei, mesmo só das penais, é absurdo e impossível, até para os mais destacados juristas. A segunda, é que se há uma obrigação de conhecer a lei, não deveria então faltar uma especial sanção para sua inobservância. Já no que concerne à questão do bom funcionamento da justiça, enxergar-se no princípio uma norma processual que contém uma presunção absoluta de conhecimento da lei penal, envolve uma contradição com os mais elementares requisitos dentro dos quais se admite a legitimidade de presunções probatórias.³⁰

Dessa forma, causa estranheza a adoção, pela doutrina brasileira dominante, do princípio da irrelevância do desconhecimento da lei sem uma análise efetiva de seus fundamentos que, como visto, são apenas presunções e ficções descabidas. Além disso, simplesmente fazem prevalecer essa antiga máxima, sem fundamento válido, sobre o princípio da culpabilidade, pilar do Direito Penal Moderno, constitucionalmente tutelado.

Conforme lembra CIRINO DOS SANTOS, o equívoco da literatura penal brasileira sobre erro de proibição direto, na modalidade de ignorância da lei, nasce justamente da referida oposição dos conceitos de desconhecimento do injusto e de desconhecimento da lei.

Todavia, embora se tratem de conceitos diversos, que não se recobrem reciprocamente, não se excluem inteiramente, porque o desconhecimento da lei pode sim fundamentar a ausência de consciência do injusto.³¹ No Estado Moderno e pluralista, em que não coincide direito e moral, o conhecimento dos mandamentos e proibições da sociedade implica que seja o conhecimento de suas normas jurídicas.

Em alguns casos, em que a proibição legal não guarda relação próxima com os valores histórico-ético-sociais da comunidade, o único meio de possuir-se consciência de que a conduta está proibida juridicamente é o conhecimento do tipo penal. Em determinadas situações, por mais que o sujeito realize um esforço de consciência, sem conhecer os termos da lei penal não poderá concluir que a conduta se choca com o ordenamento jurídico, como é o caso do exemplo referido de armazenar

³⁰ *Idem.* p. 55 e ss.

³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 322.

lenha em depósito sem licença da autoridade administrativa competente. O mesmo vale para a utilização de motosserra sem registro ou prévia autorização.

Essas situações são muito frequentes, em que a proibição legal não coincide com um consenso mínimo da ordem social. A questão é de grande importância na atualidade, especialmente diante da enorme expansão do Direito Penal, que vem ocorrendo na chamada sociedade de risco, que não se limita apenas a tutelar os bens jurídicos individuais mais relevantes, cuja proibição de violação normalmente é conhecida pelos membros da sociedade. O pluralismo legislativo, o acentuado caráter técnico da lei e os intrincados problemas suscitados pela interpretação e aplicação tornam absolutamente impossível, atualmente, a afirmação de que é normal o conhecimento da lei.

Não se pode, assim, utilizar critérios relativos ao conteúdo da consciência do injusto para afirmar a irrelevância do desconhecimento da lei nas situações em que a consciência do injusto depende do conhecimento da lei, como faz parte significativa da doutrina brasileira.

Realmente, não se pode confundir a falta de representação do preceito jurídico e o desconhecimento da contrariedade da conduta à ordem jurídica. É diferente possuir o conhecimento do tipo penal do que possuir consciência da contrariedade ao ordenamento jurídico ou da punibilidade da conduta. Porém, mesmo sendo conceitos diversos, isso não implica dizer que o desconhecimento da lei não pode configurar a ausência do conhecimento do injusto, como já afirmado.

Digno de registro é o fato de que a teoria intermediária e a teoria que exige conhecimento da punibilidade da conduta compartilham o entendimento de que o objeto do conhecimento do injusto deve ser a consciência de violação do ordenamento jurídico, distinguindo-se apenas pela exigibilidade ou não do conhecimento da punibilidade. A outra teoria, como analisado, encontra-se em posição isolada e hoje completamente superada.

De qualquer forma, o que importa aqui ressaltar é que a teoria dominante não parece incompatível com o artigo 21 do Código Penal, primeira parte, que estabelece a inescusabilidade do desconhecimento da lei. Como se trata de um preceito não suscetível de interpretação extensiva, não se deve entender que a ignorância do injusto

não tem eficácia escusante. Não se pode considerar que o desconhecimento da norma seja inescusável, ainda que se entenda que o desconhecimento do tipo penal o seja.

No preceito se expressa que o desconhecimento da lei não é suficiente para escusar, mas o desconhecimento do injusto, se inevitável, sempre deve isentar de pena. Além disso, como visto, são conceitos distintos os de *ignorância da lei* e de *ignorância do contrário ao Direito*. Assim, pode-se afirmar que a ignorância das leis constitui um erro bastante inferior ao que recai sobre o injusto, aparecendo, de modo claro, com tal interpretação, a adequação a realidade social do artigo 21 do Código Penal.

O primordial, no entanto, é se entender que o princípio de que o desconhecimento da lei é inescusável, como afirma FIGUEIREDO DIAS³², não decide, não ajuda a decidir, nem ao menos constitui critério normativo da decisão, pois ele diz respeito unicamente ao fundamento de validade da lei, à sua obrigatoriedade abstrata. Por maior relevância e extensão que se dê à falta de consciência do injusto, em nada ficará afetada a intangibilidade dos efeitos objetivos da lei. Porém, essa intangibilidade não poderá afetar a possível relevância e a extensão de uma concreta falta de consciência do injusto. Mesmo quando se possa afirmar que a falta de consciência do injusto proveio, em concreto, da ignorância de uma lei penal, é aquela falta quem, no seu conteúdo intrínseco, suscita um problema de culpa cuja resolução não põe em causa o fundamento de validade da lei que não se conhecia. Nesse enquadramento fica evidente a invalidade do princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal para dizer em que casos e quando se levanta o problema da falta de consciência do injusto, conforme registra o mesmo autor.³³

De fato, não se pode admitir que o desconhecimento da lei constitua um postulado extrínseco que delimite e vá servir de critério à falta de conhecimento do injusto.

O conhecimento do injusto, elemento principal da culpabilidade, é que comanda o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei e lhe assinala o seu sentido e limites. Não se pode mais admitir que com base em uma máxima destituída de fundamentos concretos e plausíveis continuem a existir condenações em casos em que o

³² DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 52.

³³ *Idem. Ibidem.*

autor não tinha conhecimento do injusto e, assim, agiu sem culpa, violando-se um dos principais pilares do Direito Penal Moderno.

4 ERRO DE PROIBIÇÃO DIRETO NOS CRIMES ECONÔMICOS

O brocardo *ignorantia legis neminem excusat* parte, normalmente, conforme lembra BAJO FERNANDEZ, da observação da escassa probabilidade de um erro de proibição ocorrer nos delitos tradicionais, em que a consciência do injusto surge de regras éticas que regulam o comportamento ordinário do sujeito, tais como o homicídio, a falsidade, o roubo e o estupro.³⁴

Para CIRINO DOS SANTOS, as situações de ignorância da lei determinantes de inevitável ignorância do injusto (próprias do Direito Penal especial, em face da freqüente descoincidência entre tipos legais e ordem moral, ou melhor, direitos humanos fundamentais) não podem ser obscurecidas com situações próprias do Direito Penal comum, caracterizadas pela coincidência entre tipos legais e direitos humanos fundamentais. Conclui referido autor:

“O artifício generalizado na literatura penal doméstica, de utilizar situações de necessário conhecimento do injusto (a proibição de matar alguém, por exemplo) para encobrir situações em que o conhecimento do injusto depende de conhecimento da lei penal (a proibição de guardar lenha ou carvão, sem licença de autoridade competente, por exemplo), criou um buraco negro no princípio da culpabilidade do Direito Penal brasileiro, no qual estão desaparecendo todos os casos de condenação criminal em situação de ignorância da lei determinante de inevitável desconhecimento do injusto”.³⁵

No Direito Penal Econômico a tutela dos bens jurídicos normalmente é feita por meio de normas penais em branco ou normas com especial tendência a conter elementos normativos. Bom exemplo disso são os crimes de licitação e o crime de descaminho, incidente sobre atividades de importação, em que além do tipo penal é necessário conhecer diversas outras Leis e normas administrativas para se ter conhecimento do que é permitido e do que é proibido, sob pena de sanção penal.

Assim, a consciência do injusto, no Direito Penal Econômico, normalmente depende do conhecimento exato da lei por parte do infrator. Porém, os tribunais nacionais têm adotado o entendimento de que o desconhecimento da lei seria sempre

³⁴ FERNANDEZ, Miguel Bajo. El error de prohibicion en el derecho penal econômico. *Derecho de sociedades : libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. vol. 5, 2002. p. 5494.

³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.* p. 326.

inescusável, em razão, como visto, do equívoco da doutrina brasileira dominante. Em outros países, como na Espanha, tem-se adotado o entendimento de que o erro de proibição nos delitos econômicos seria normalmente vencível, ocorrendo apenas uma redução da pena.

Quanto ao primeiro aspecto, como foi amplamente analisado no presente trabalho, em muitos casos, especialmente no Direito Penal Econômico, o conhecimento do injusto pode sim depender do exato conhecimento da lei e não se pode mais admitir a irrestrita e cega adoção do princípio da inescusabilidade do desconhecimento da Lei.

No que se refere ao segundo aspecto, já surgem alguns posicionamentos inclusive no sentido de ser imperiosa uma alteração no tratamento do erro de proibição, de modo a evitar que continuem ocorrendo tantas condenações sem culpa, com apenas uma redução da pena. A questão ganha especial importância na Espanha, onde os tribunais têm considerado como vencíveis praticamente todos os casos de erro de proibição no direito penal econômico.

Para BAJO FERNANDEZ, no Direito Penal Econômico, em que o conhecimento do injusto depende exclusivamente do conhecimento da norma, a extensão da punição a todas as hipóteses de erro vencível de proibição implica uma violação do princípio da intervenção mínima, supõe um abuso do *ius puniendi* por parte do legislador e significa um retrocesso histórico, uma recaída no pretérito jurídico, em que pese sua modernidade dogmática. Vale citar a seguinte lição de referido autor:

“Proteger interesses que não estão respaldados pela consciência moral geral inclusive nas hipóteses em que o autor comete o fato com erro vencível de proibição, constitui uma acentuação da repressão criminal sem justificativa alguma, que tem consequências graves no Direito penal econômico, mais alarmantes poderiam ser no Direito penal político como um instrumento de eliminação do inimigo político. Daí que Tório propôs a supressão do último parágrafo do artigo 14 e Cerezo e Romeo Casabona frente ao direito positivo vigente entendem que deveria admitir-se a possibilidade de sua reforma, permitindo no erro vencível de proibição a isenção da responsabilidade criminal quando o erro for dificilmente evitável”.³⁶

Em conclusão, deve-se ter claro que o brocardo *ignorantia legis neminem excusat* não pode ter aplicação no Direito Penal e, especialmente, no Direito Penal Econômico, pois nesta seara normalmente o conhecimento do injusto depende do conhecimento da lei. De outra via, a doutrina e os tribunais nacionais devem, ao menos, analisar a possibilidade de se estabelecer critérios específicos quanto à evitabilidade do

³⁶ FERNANDEZ, Miguel Bajo. *Ob. cit.* p. 5495.

erro de proibição no Direito Penal Econômico, até mesmo, talvez, com critérios especiais para profissionais de determinadas classes regulamentadas, que exigem um nível de conhecimento mínimo, como administradores, advogados e contabilistas.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONDE, Francisco Muñoz/ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FERNANDEZ, Miguel Bajo. El error de prohibicion en el derecho penal econômico. *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. vol. 5, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Granada: Comares, 2002.

MARTÍN, Adán Nieto. *El conocimiento del Derecho*. Madrid: Atelier Penal, 2006.

MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Hein. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

_____. A Teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão, *in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro, ano IV, n. 15, out.-dez. 1966.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2000.

MUNHOZ NETO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. De Gruyeter, 1996.

RODA, Juan Córdoba. *El conocimiento de la antijuridicidad em la teoria del delito*. Barcelona, Bosch, 1986.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Granada: Civitas, 1997.

SABORIT, David Felip i. *Error Iuris: El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*. Madrid: Atelier, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.