23

ENTRE A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE CONHECIMENTO DA LEI E AS PARTICULARIDADES DO DIREITO PENAL ECONÔMICO. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DO ERRO DE PROIBIÇÃO

BETWEEN THE ABSOLUTE PRESUMPTION OF KNOWLEDGE OF THE LAW AND THE PARTICULARITIES OF ECONOMIC CRIMINAL LAW: BRIEF CONSIDERATIONS ON THE THEORY OF MISTAKE OF LAW

Raquel Scalcon[1]
Pedro Marchi Mendonça[2]

1. INTRODUÇÃO

Das alterações trazidas à Parte Geral pela reforma de 1984, o reconhecimento da relevância do erro de proibição[3] talvez fosse uma das mais clamadas pela doutrina[4]. Como destaca a Exposição de

[1] Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas – Direito SP. Consultora e advogada. Estágio Pós-Doutoral na Universidade Humboldt de Berlim/Alemanha (Bolsa Alexander von Humboldt Stiftung). Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Penal pela PUCRS.
[2] Doutorando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas – Direito SP. Mestre em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas – Direito SP. Advogado.
[3] Há erro de proibição quando o sujeito conhece a situação fática que fundamenta o injusto, mas pensa estar a ação permitida, isto é, não conhece sua proibição. ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general. 1: Fundamentos: la estructura de la teoria del delito / trad. Da 2. ed. alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña. 1. ed., reimpr. Madrid: Ed. Civitas, 2006, p. 861.
[4] LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de código penal (projeto de lei 236/2012 do senado federal). Revista Liberdades Especial – Reforma do

Motivos da Lei, a inclusão do artigo 21 (e em verdade, não apenas ele, mas também do artigo 20, versando sobre o erro de tipo) marcou a adesão definitiva de nossa legislação à teoria limitada da culpabilidade[5], afastando (ao menos em tese) o que ainda restava de responsabilidade penal objetiva do ordenamento brasileiro.

Com a nova redação, o artigo 21[6] passou a prever a isenção de pena nos casos de erro inevitável e sua diminuição, até um terço, se evitável. Se por um lado a alteração implicava clara indicação do legislador quanto à necessidade de consciência da ilicitude, para que se pudesse atribuir a alguém a pena criminal (onde ausente a capacidade de representação do ilícito, igualmente ausente estará a legitimidade da punição)[7], por outro manteve-se o princípio da inescusabilidade do "desconhecimento da lei" inscrito na parte inicial do artigo, que enfoca a responsabilidade penal objetiva do ordenamento brasileiro[8].

Código Penal. Set. 2012. Disponível em: https://ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7325. Acesso em: 8 out. 2024.

[5] Cf. Rebouças, "a Reforma da Parte Geral do Código Penal tem os seguintes pontos principais: (a) inspiração clara no finalismo (Wezel), em particular nos domínios do dolo, do erro e da culpabilidade; (b) adoção, sem as restrições de antes, do princípio da culpabilidade; (c) consagração mais abrangente da utilidade das penas; (d) exclusão da medida de segurança para imputáveis, com a abolição do sistema duplo binário" (REBOUÇAS, Sergio. Direito penal: parte geral. 1ª ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 113).

[6] Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminui-la de um sexto a um terço.

[7] "Para o estudo do erro, essa colocação do problema é fundamental, visto como só dentro de um direito penal da culpabilidade se pode compreender em toda a sua extensão o porquê da escusabilidade do erro: sendo a culpabilidade essencialmente uma censura, valora-se juridicamente de modo diverso o ato que deriva de um estado de ignorância ou de um falso conhecimento, porque, nesse caso, escapa à percepção do agente o estar agindo ilicitamente, não lhe sendo logicamente censurável o não inibir ou o não reorientar, em nome de uma exigência jurídica, o comportamento que precisamente supõe jurídico ou cuja ilicitude desconhece" (TOLEDO, Francisco de Assis. O erro...op.cit, p. 19).

[8] "17. É, todavia, no tratamento do erro que o princípio nullum crimen sine culpa vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos artigos 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (Tatbestandsirrtum) e erro sobre a ilicitude do fato (Verbotsirrtum). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do artigo 2), mantendo-se no tocante às descriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada "teoria limitada da culpabilidade" (Culpabilidade e a Problemática do Erro Jurídico Penal, de Francisco de Assis Toledo, in Rev. Trib. 517/251). Disponível em https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html.

Tal argumento é reforçado pela leitura de Toledo, para quem a redação do artigo 20 do Código de 1969 admitia a responsabilidade objetiva ao admitir a responsabilização do sujeito que agia sem culpa, apenas mitigando-lhe a pena.[9]

Passados quarenta anos da reforma e da inclusão do artigo 21, as discussões em torno do erro de proibição parecem não ter conseguido escapar do campo gravitacional do *error iuris nocet*, limitando-se, equivocadamente, à repetição de uma máxima já combatida antes mesmo da promulgação do Código de 1984[10].

Bem, e qual seria a razão de tamanho "desinteresse"? Não temos espaço para um diagnóstico completo, mas há explicação bastante simples (e igualmente convincente), que passa pela manutenção, no artigo 21, do princípio da inescusabilidade do desconhecimento da lei: assim posto, o brocardo teria engessado a possibilidade de discussões que pretendessem determinar em que medida o desconhecimento é de fato injustificável e, de forma contrária, como o conhecer era, em verdade, impossível[11].

Esse escasso interesse é curioso, no entanto, se considerarmos que os últimos quarenta anos viram também a proliferação de tipos penais, sobretudo aqueles vinculados ao chamado direito penal econômico e da empresa, cujas características particulares[12] têm os

[9] TOLEDO, Francisco de Assis. O erro no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 85.

[10] Cf. nesse sentido, TOLEDO, Francisco de Assis. O erro...op.cit. A sua vez, Leite fala do erro de proibição como "uma espécie de terreno baldio teórico no interior da dogmática jurídico penal". E continua: "Ao seu recente reconhecimento nas legislações contemporâneas, produto de intensos debates doutrinários, não se seguiu a esperada operacionalização dogmática e a determinação concreta e precisa de seu conceito, objeto e de sua evitabilidade. Ao contrário, o reconhecimento legislativo parece ter sido suficiente para que, especialmente entre nós, se considerassem equivocadamente os trabalhos por findos" (LEITE, Alaor. Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7).

[11] Aqui é preciso que retomemos mais uma vez as precisas afirmações de Leite: "Adicione-se ao preocupante estado teórico [...] a má vontade pragmático-processual com que se trata a alegação de erro de proibição, que, nos delitos chamados mala in se, seria considerada inadmissível e pouco crível, porque, como diria Binding, vem com o ar que se respira e não passa em regra de uma deslavada mentira, e nos delitos chamados mala in prohibita é em regra encarada como uma estratégia deliberada ou uma desídia planejada de um sujeito com deveres de informação vários" (LEITE, Alaor. Dúvida e erro... op.cit., p. 13).

[12] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Fundamentos del derecho penal de la empresa. Segunda edición, ampliada y actualizada. Madrid: Edisofer, 2016. (Estudios y debates en derecho penal).

colocado sob o escrutínio da doutrina, que em sua maioria alega problemas vinculados à legalidade, à taxatividade e, consequentemente, à efetiva capacidade de representação dos contornos da proibição[13].

O caminho que se tem escolhido na formulação das críticas parece, entretanto, o menos eficaz, isto é, o de se travar batalha contra as técnicas legislativas empregadas nesse já não tão novo direito penal. Com isso não queremos dizer que os esforços por uma racionalização do processo legislativo de criminalização, e as discussões em torno da legalidade dos chamados elementos de remissão normativa não sejam válidos ou necessários. Ao contrário, há contribuições valorosíssimas a serem prestadas (como já o foram) em cada uma dessas frentes.

A ineficácia parece decorrer, porém, de dois motivos: primeiro, tudo indica se tratar de tendência que não poderá ser vencida. É pouco provável que o legislador tenha disposição para retornar aos estritos limites a si predicados por uma leitura formal-positivista do princípio da legalidade; segundo, porque talvez a única (e mais adequada) forma de se dar conta desse direito penal seja, exatamente, por meio do uso (racional) de tais elementos de remissão normativa[14].

O argumento que tentamos avançar neste curto ensaio, assim, é o de que se já havia bons motivos para se retomar as discussões em torno do erro de proibição, desde sua inclusão no Código Penal em 1984, talvez agora haja ainda mais incentivos.

---

[13] Nesse sentido, p. exemplo, Bechara: "Ao se exagerar no recurso aos elementos normativos, como vem acontecendo de maneira crescente no âmbito jurídico-penal contemporâneo, corre-se o sério risco de debilitar o princípio da legalidade em favor de uma expansão desenfreada e autoritária do poder punitivo estatal, apta a atingir qualquer cidadão a depender da subjetividade do aplicador da norma. [...] A normatização do tipo penal é apta a impedir a visualização dos pressupostos de tal análise, na medida em que não deixa claro o sentido preciso da proibição e o conteúdo concreto da ofensa intolerável ao bem jurídico" (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo – Coleção Ciência Criminal Contemporânea –vol. 10 – Coord. Cláudio Brandão – 1ª reimp. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020, p. 28).

[14] Ideia parcialmente avançada em MENDONÇA, Pedro Marchi. Elementos normativos e princípio da legalidade. Uma proposta a partir de um conceito orientado pela linguagem. In: Problemas concretos de direito penal econômico e da empresa. Acessoriedade, responsabilidade e processo. Heloisa Estellita et all (org). São Paulo: Marcial Pons, 2023.

2. ARGUMENTOS

Eis as razões. Como bem adverte Ashworth[15], estamos distantes da "antiga república grega", não existindo motivos razoáveis para crer que todos os cidadãos estarão atentos e conhecerão a legislação penal, especialmente se consideradas suas características presentes. Em sentido semelhante Tiedemann[16], para quem não se pode exigir do sujeito um conhecimento amplo das proibições, frente a uma sociedade altamente técnica.

Vamos além: não se trata apenas de que nem todos os cidadãos estarão atentos e conhecerão a legislação penal, mas, em verdade, que em muitos casos isso sequer será exigível. Em alguns casos o desconhecimento é plenamente justificável, porque ao sujeito não interessa (legitimamente) conhecer.

Aqui não nos referimos a um desconhecimento culpável, intentado como escusa à responsabilização penal, mas a questão mais simples: as regras acerca do mercado de capitais, p. ex., interessam àqueles que ali operam e não atingem, portanto, a totalidade dos sujeitos. São, de um lado, normas reguladoras e constitutivas de um determinado setor da vida e, de outro, tipos penais que não ressoam proibições de ordem extrajurídica que pudessem, ao menos em tese, fundamentar um conhecimento leigo, uma representação profana de que determinada ação é proibida.

Nesse direito penal secundário, em que as condutas proibidas são idealizadas como reforçadoras de mandamentos comportamentais de outros âmbitos técnico-jurídicos, dissolvem-se as representações coletivas do ilícito, substituídas por proibições de matiz utilitarista[17] e

[15] ASHWORTH, Andrew. Ignorância da lei penal e deveres de evitá-la. Revista do Instituto de Ciências Penais, Trad. Tatiana Badaró. v. 6, n. 2, p. 307–346, 2021, p. 334.

[16] "La crescente evoluzione verso una civiltà tecnicizzata e distorta dal punto di vista del diritto obbliga ad ammettere che il cittadino non è in grado di conoscere la totalità delle norme giuridiche a lui potenzialmente rivolte: da lui ci si deve ragionevolmente attendere la sola conoscenza di un nucleo dj norme giuridiche." TIEDEMANN, Klaus. Sullo stato della teoria dell'errore, con particolare riferimento al diritto penal dell'economia e alle leggi speciali. Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, v. Anno VIII, n. n. 1, 1995, p. 73.

[17] CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Critérios para aferição do erro de proibição no direito penal econômico: distinção in se e mere prohibita. Delictae, v. 2, n. n. 2, 2017.

voltadas, majoritariamente, à persecução de objetivos das diversas políticas do Estado.

Nesse contexto, o conhecimento da proibição derivado da vivência ordinária e irrefletida deixa de ser dado inquestionável da análise do delito, uma vez que a distância entre o crime e o substrato social que fundamentaria a proibição e, mais, instruiria a representação (leiga) da ilicitude, afrouxa "os níveis de exigência direcionados ao agente e sua cognoscibilidade da ilicitude"[18]. A presunção de conhecimento da proibição deixa de ser um dado posto, simplesmente porque sua viabilidade se torna impraticável.

Esse afrouxamento, no entanto, não pode valer como regra geral, sob risco de que assim se partisse de uma lógica reversa, em que o erro (ao menos evitável) seria a regra, excepcionada por situações em que, de qualquer forma, se verificasse o efetivo conhecimento da ilicitude.

Por outro lado, o que ele parece indicar é a necessidade de reconhecimento de que, em determinadas situações, o agir lícito do sujeito exige, inicialmente, um esforço consciente para conhecer os limites do que lhe é permitido.

Esse dever que, no caso, estaria vinculado à atividade em determinados setores da vida humana, antecederia o dever inscrito na norma de conduta inscrita no tipo penal: seu conteúdo não diz respeito ao fazer ou não fazer da norma penal, mas tem conteúdo que determina o emprego de esforços específicos no sentido de conhecer as regras que regulam a atividade pretendida – o que chamaremos, adiante, de um especial dever de informação.

A discussão que pretendemos provocar, nessa breve reflexão, tenta introduzir matizes de cinza na ideia de inescusabilidade do desconhecimento da proibição, que podem ser sintetizados em duas intuições:

I. nem todos os indivíduos terão potencial de conhecer a ilicitude[19]; mais relevante, no entanto, é que

[18] Carneiro, p. 336.

[19] "Pode-se, entretanto, a nosso ver, ainda aqui objetar que em relação a certos tipos penais e a certas pessoas, a exigência desse esforço de consciência será totalmente inútil. Como

II. nem todos os indivíduos deverão sequer se esforçar para alcançar este potencial conhecimento da ilicitude.

3. QUESTIONAMENTOS

A pergunta que parece importar, desta forma, diz respeito a (a) quais sujeitos, e (b) em que circunstâncias, estariam obrigados a um especial dever de informação, isto é, à aplicação de esforços específicos no sentido de conhecer os limites daquilo que lhes é permitido, não porque tem dúvida, mas como pressuposto, requisito, da sua ação.

Note-se que aqui não nos referimos a um dever geral de informação, bem refutado enquanto possibilidade por Leite[20], mas a um dever específico, que deve recair sobre aqueles sujeitos que decidem por conduzir suas vidas em âmbitos regulados (p.ex., conhecer as regras do mercado financeiro, caso deseje negociar na bolsa de valores ou então conhecer a legislação ambiental, caso pretenda construir uma casa de veraneio nas margens de uma represa).

No ponto, como já adiantara Toledo: "A solução [...] consiste em adicionar-se à terceira hipótese em exame 'o dever de informar-se' para a prática de certas atividades, notoriamente fiscalizadas e regulamentadas. A violação desse dever, exigível de todos que se arrojem a esse tipo de atividade, exclui a possibilidade de erro escusável"[21].

A própria ideia desse dever abstrato, não necessariamente inscrito numa norma de natureza jurídica, parece condizente com a lógica de funcionamento do Estado liberal e, sobretudo, do sistema

exigir-se de um rude camponês que, ao estabelecer-se com empório de secos e molhados, conheça, através de um esforço de consciência, o sentido de certos atos que possam configurar o complexo crime de sonegação fiscal, de pura criação do legislador?" (TOLEDO, Francisco de Assis. O erro...op. cit., p. 73).

[20] LEITE, Alaor. Existem deveres gerais de informação no direito penal? Violação de um dever, culpabilidade e evitabilidade de erro de proibição. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, v. 23, n. n. 2, p. 215–235, 2013

[21] TOLEDO, Francisco de Assis. O erro...op. cit., p. 74.

jurídico. Isso porque está fundamentado numa legítima presunção, uma expectativa, de que os concidadãos cooperarão entre si na observância (ainda que mínima) das regras que regem o convívio pacífico[22].

Também porque o reconhecimento de um tal dever evitaria, ao menos em tese, que a lógica derivada da inescusabilidade do desconhecimento da proibição se transformasse numa proibição geral de agir, uma barreira instransponível ao sujeito zeloso e que, ao fim, engessaria a própria vida humana como a conhecemos.

Na impossibilidade de conhecer tudo, o sujeito que estivesse preocupado em evitar a incidência da lei penal teria apenas uma solução: não agir[23].

Por outro lado, não é razoável, retomando o que já dissemos, que em um sistema altamente complexo, se exija de todos os sujeitos o conhecimento, amplo e irrestrito, das proibições. É por isso, inclusive, que discordamos de Leite quando afirma que tal dever de informação, diante de praticamente inexistirem setores livres de regulamentação, reestabeleceria uma obrigação geral de conhecer.

---

[22] PAWLIK, Michael. El error de prohibición en caso de situación legal confusa. InDret, n. 3.2020, 2020, p. 569: "Este deber se puede imponer al ciudadano porque es necesario para el mantenimiento del estado de libertades existente. Un estado de la libertad se caracteriza por la existencia de un marco normativo de orientación y valoración que no constituye solo un constructo ideal –por muy bien fundamentado que esté–, sino que es también posibilitador de realidad (wirklichkeitsmächtig), en el que, por tanto, los ciudadanos pueden confiar efectivamente a la hora de planificar su vida. Solo en la medida en que la interpretación de la norma de comportamiento que el juez ha tomado como base, resulta parte, en el momento del hecho, de este marco normativo realmente orientador, la infracción de aquella por el autor posee el significado objetivo de una infracción del deber de cooperación. En cambio, si en el momento del hecho la interpretación del juez constituye solamente una propuesta de interpretación entre muchas, de modo que aquella interpretación se encontraba todavía en el estadio previo de lo real, de lo que configura la vida y, por tanto, en el ámbito de lo (meramente) posible, entonces lo que posibilitaba la realidad no era la específica interpretación de la norma reconocida por el juez, sino «la norma» en su versión abstracta como quintaesencia de todas las posibilidades de interpretación que entraban seriamente en consideración. En la medida en que el comportamiento del autor fue conforme a por lo menos una de estas lecturas, le falta la cualidad de ser una negación inequívoca del ordenamiento jurídico, de manera que dicho comportamiento no constituye, ya por su configuración objetiva, una infracción del deber de cooperación".

[23] Em sentido semelhante, cf. p. ex., PAWLIK, Michael. El error de prohibición en caso de situación legal confusa. InDret, n. 3.2020, 2020, p. 564

O que afirmamos, na verdade, é que o dever de informação se originaria tão somente com relação às atividades que pretenda desenvolver o sujeito, dispensando-o de conhecer a totalidade das regulamentações.

É claro que quanto mais plurais as atividades de um indivíduo, mais esforços precisará empreender para conhecer. Não nos parece, no entanto, que assim se imponha um ônus excessivo ao sujeito. Ao contrário, trata-se apenas de reconhecer uma pré-condição implícita do atuar lícito, natural a diversas atividades humanas[24] e atrelado à lógica das liberdades individuais: ninguém é obrigado a conduzir um veículo automotor, por exemplo, podendo se socorrer do transporte público ou de longas caminhadas.

Por outro lado, se decide atuar se tornar um motorista, deve cumprir com as exigências de conhecimento das normas reguladoras da atividade. É essa lógica – de que se deve antes conhecer as regras do jogo para, então, jogá-lo adequadamente –, que justificaria o surgimento do especial dever de informação.

Do sujeito que pretende atuar em um determinado setor regulado se deve exigir maior conhecimento do que do sujeito que segue sua vida sem tal pretensão[25].

Essa especial exigência é condizente, ainda, com o restante do ordenamento, se considerarmos que, independentemente do que determine a lei penal, o sujeito precisará obter licenças para funcionar, compreender a carga tributária de sua atividade e as formas de recolhimento; se tiver empregados, estará obrigado a conhecer a

[24] Referindo-se a Kant, cf. Pawlik, "solamente son imputables aquellas consecuencias que surgen de la libertad de quien actúa". PAWLIK, Michael. El error de prohibición en caso de situación legal confusa. InDret, n. 3.2020, 2020.

[25] Quando o sujeito resolve atuar em âmbitos que possuem regramentos jurídicos especiais, isto é, em âmbitos cujo acesso não é autorizado a todos os cidadãos, em geral surge o dever de se informar sobre as regras da técnica e segurança daquela atividade que o sujeito escolheu livremente empreender. Aquele que participa do tráfego viário deve possuir habilitação e conhecer as regras de trânsito, o empresário que quer atuar no mercado financeiro deve conhecer (ou informar-se com especialistas sobre) o seu funcionamento, aquele que abre um supermercado deve conhecer a regulamentação de segurança alimentícia, etc.". p. 228

legislação trabalhista e as regras relativas à segurança dos produtos e serviços ofertados[26].

De se notar que o especial dever de informar-se a que nos referimos não pretende que o sujeito busque conhecer e especializar-se como se jurista fosse[27]; tampouco se estaria a referir a um conhecimento do próprio tipo penal, mas apenas ao conhecimento que, assim como no caso daqueles delitos "comuns", faz nascer no sujeito a possibilidade de representação leiga da ilicitude[28].

Dito de outro modo: não é preciso que conheça o tipo penal, mas, antes disso, aquilo que está proibido. A questão particular dos delitos econômicos é que tal consciência só pode derivar de um esforço anterior, consciente, correspondente à busca por conhecer as regras de determinado setor, uma vez que não há experiência prévia, compartilhada na comunidade, que permita um conhecimento irrefletido e involuntário, paralelo àquele havido por um jurista ou um especialista que avalia a situação.

Exatamente por isso é que não se pode equiparar o dever originado na obrigação de obter informações idôneas sobre determinado setor/atividade, com aquele decorrente da dúvida, isto é, quando o sujeito tem dúvida quanto à qualificação (lícito ou ilícito) de sua ação, sendo possível cogitar, neste momento, a correção de ambas as valorações.

Nos casos que temos em mente, a equivocada representação do autor decorre do desconhecimento total da proibição, em razão da inobservância do dever antecedente de informar-se, que surge, como

[26] "Há todas as razões para esperar que as pessoas se familiarizem com as leis relevantes para suas atividades particulares, seja automobilismo, comércio, construção ou qualquer outra coisa. Mas há razão suficiente para esperar que todos os cidadãos estejam atentos às mais recentes atividades da legislatura, quanto mais da legislação secundária" (ASWORTH, Andrew. Ignorância da lei...op. cit., p. 334).

[27] "O agente, embora não esteja obrigado a realizar uma valoração de ordem técnico-jurídica, deve conhecer, ou poder conhecer, com o esforço devido de sua consciência, com um juízo geral de sua própria esfera de pensamentos, o caráter injusto de seu atuar" (TOLEDO, Francisco de Assis. O erro...op. cit., pp. 72-73).

[28] Na nomenclatura de Mezger, representação paralela na esfera do profano. MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 238. Cf. também REBOUÇAS, Sérgio. Direito penal...op. cit., p. 819.

dissemos, quando o sujeito decide por atuar em âmbito regulado; o sujeito deixa de atender a pré-requisito de correição de sua ação, o conhecer as regras do jogo e, portanto, sequer hesita frente à dúvida que, concretamente, não surge em seu raciocínio.

Para nos socorrermos de um exemplo corriqueiro: a situação que tentamos representar não é a do jogador de futebol que, diante de um lançamento em direção ao gol adversário, cogita que pode ou não estar em posição de impedimento, mas de um jogador que decide por entrar em campo sem sequer conhecer a regra do impedimento.

Aqui cabe uma primeira conclusão: o reconhecimento de um dever de informação qualificado, originado na própria liberdade de agir dos sujeitos, afasta a premissa do error iuris nocet, reconhecendo que, em alguns casos, não se trata apenas de não ter capacidade de reconhecer o conteúdo ilícito da ação, mas de não haver obrigação para tanto. Tal obrigação, a sua vez, recai sobre aqueles que livremente optam por empreender uma atividade regulada.

4. DEVER DE INFORMAÇÃO

Não parece correto afirmar, porém, que a simples inobservância de tal dever afaste, por si só, a evitabilidade do erro de proibição. É preciso que se dê um passo além, reconhecendo que há distintos graus de atuação nos setores regulados, ou seja, e que, da mesma forma, essa intensidade do atuar também deverá impactar na intensidade dos esforços dirigidos ao conhecimento da ilicitude.

Essa concretização do especial dever de informação, que não poderemos solucionar inteiramente aqui, deve levar em conta três aspectos:

a) a impossibilidade de imposição de uma métrica única, contra a qual se procedam comparações ao caso concreto;
b) a variabilidade da atuação dos sujeitos nos âmbitos regulados, o que levará, consequentemente, à

c) intensidade dos esforços que devem ser feitos para que se alcance o conhecimento da ilicitude, sobretudo nos âmbitos mais complexos.
d) é preciso que se relembre (e se tenha sempre presente) que o juízo acerca da culpabilidade se dirige ao sujeito em concreto, autor do injusto, e recai sobre suas capacidades reais.

É sob essa premissa, inclusive, que se deve avaliar a evitabilidade do erro de proibição, como adverte Leite, "sem referência a qualquer padrão objetivo a servir de tertium comparationis"[29]. Da mesma forma, deve ser avaliada a extensão do especial dever de informação. De pronto já se sabe o que não se deve almejar: o conhecimento técnico, atribuível a um jurista ou especialista.

(b) e (c) se não se esperam especialistas, standard que seria demasiado oneroso, a constatação da capacidade de informação deve levar em conta a intensidade da atuação do sujeito, não se podendo exigir de todos o mesmo nível de dedicação: daquele que pretende mais, se exige mais.

Pensemos em alguns exemplos que nos auxiliam a ilustrar essa última afirmação: as exigências de informação com relação aos crimes ambientais serão distintas se estivermos falando do sujeito que compra um terreno para construção de sua casa de veraneio nas margens de uma represa, daquele que pretende operar uma indústria de celulose.

Podemos pensar, também, em sujeito que apenas faça pequenos investimentos na bolsa de valores, de patrimônio próprio e de forma conservadora, pouco especulativa, mais para fins de diversificação de sua carteira do que para obtenção de ganhos significativos. Imaginemos que em determinada oportunidade, por absoluta coincidência, fique sabendo de informação quentíssima de empresa negociada em bolsa; digamos que escuta, no elevador de um prédio comercial, a conversa que travam dois diretores de dita empresa e que deveria ser privada.

[29] LEITE, Alaor. Existem deveres gerais...op. cit., p. 233.

Ora, será mesmo que, sobre esse sujeito, recairia um dever de se informar quanto à licitude da conduta de, naquela mesma data, de posse da recém obtida informação, operar na bolsa, obtendo significativa vantagem com relação aos demais players do mercado, de igual intensidade àquela que se exigiria de ambos os diretores?

Parece pouco controverso que do sujeito que pretende fazer carreira no mercado de capitais lhe seria exigível um mais intenso esforço por conhecer os regramentos orientadores do setor, de forma que eventual alegação de seu desconhecimento não apenas pareceria inadequada, mas também seria recebida com potencial ceticismo.

Nesse aspecto, essas nossas intuições iniciais parecem apontar para direção distinta daquela a que chega Leite, no sentido de que o reconhecimento de um especial dever de informação seria demasiadamente oneroso em razão de um indevido disfarce do *error iuris nocet,* na medida em se atribuiria "ao sujeito deveres de informação vários a respeito de regulamentações complexas e mutantes, e os erros de proibição seriam, novamente, sempre evitáveis"[30].

Primeiro, porque a intensidade do dever estaria vinculada à intensidade do atuar; talvez possamos dizer que do sujeito que ouve a informação no elevador, bastaria consultar-se informalmente com seu amigo advogado; enquanto dos diretores, se exigiria ao menos a validação com o setor jurídico da empresa ou consultas formais a escritórios especializados.

Segundo, porque haverá casos (e não raro assim o será), em que o conhecimento seguro da proibição não será possível, apesar de todos os esforços que empreenda o sujeito. Estão aqui compreendidos os casos de indefinição da jurisprudência, imprecisão da norma complementadora de um determinado elemento de remissão normativa, ausência da norma complementadora, imprecisão entre os termos empregados no tipo penal e na norma de referência. Todas essas situações colocarão o sujeito em dúvida que deve ser interpretada como erro de proibição inevitável.

[30] LEITE, Alaor. Existem deveres gerais...op.cit., p. 229.

As vantagens de uma tal modulação da obrigação de conhecimento da proibição, vinculada à liberdade de agir dos sujeitos, afasta a necessidade de se recorrer a malabarismos – esses sim, ocultadores do error iuris nocet –, na medida em que explicita a obrigação de conhecer e sua intensidade e abre novo espaço para que se passe à discussão mais relevante: a de se determinar, concretamente, critérios orientadores da definição da evitabilidade do erro sobre a proibição e, portanto, fundamentando um conhecer que propriamente leve em conta as particularidades do sujeito concreto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensamos, por fim, que essa concepção não apenas determina concretamente o início do especial dever de informação, mas, do outro lado da moeda, impõe também ao Estado um dever próprio de assegurar a possibilidade de que o sujeito assim o faça (conheça). Aliás, somente assim, mediante esforços do Estado para tornar acessível o conteúdo do ilícito, é que se torna legítimo exigir do sujeito a absoluta abstenção de determinada conduta, sob consequência de imposição da pena.

Caberá ao Estado, sobretudo nesses âmbitos densamente regulados, marcados pela alta complexidade e pela fragmentação normativa do tipo penal, garantir a possibilidade de que o sujeito se informe adequadamente e conduza sua vida de modo a não esbarrar na lei penal. Isso só será possível se o Estado reconhece (e é cobrado) quanto à responsabilidade sobre a estabilização das zonas cinzentas, não se podendo alocar ao destinatário da norma nem a totalidade do dever de conhecer, nem tampouco o ônus da incapacidade de esclarecimento por parte do Estado[31].

[31] Argumento avançado por Asworth, para quem "é justo e direito esperar que as pessoas façam um esforço razoável para conhecer a lei; a outra parte do meu argumento, a ser desenvolvido completamente a seguir, é que o Estado também deve ter a obrigação de fornecer mais informações a respeito da lei penal e de suas alterações, de forma a tornar a tarefa do cidadão mais fácil. Impor esse dever moderado às pessoas não é inconsistente com

De outra forma, se a impossibilidade de apreensão da ilicitude não decorre da inobservância do sujeito quanto a seu dever de informação qualificada, mas sim da ineficiência do Estado em assegurar contornos mínimos da conduta que espera dos indivíduos, deve-se aderir às conclusões de Leite em favor do reconhecimento do erro de proibição inevitável.

As ideias que aqui expusemos não tem a pretensão de suficiência. Sabemos da complexidade do tema e das potenciais críticas à posição aqui postulada.

Nossa pretensão era apenas a de (res)suscitar um importante debate, delineando ideias preliminares do que, pensamos, pode ser bom caminho para ultrapassar os bloqueios impostos pela ideia de inescusabilidade do desconhecimento da lei e reconhecer que as dificuldades que a formulação de tipos penais que não estão assentados num substrato de densa representação social impõe à representação da ilicitude.

REFERÊNCIAS

ASHWORTH, Andrew. Ignorância da lei penal e deveres de evitá-la. Revista do Instituto de Ciências Penais, Trad. Tatiana Badaró. v. 6, n. 2, p. 307–346, 2021.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo – Coleção Ciência Criminal Contemporânea –vol. 10 – Coord. Cláudio Brandão – 1ª reimp. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Critérios para aferição do erro de proibição no direito penal econômico: distinção in se e mere prohibita. Delictae, v. 2, n. n. 2, 2017.

LEITE, Alaor. Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal. São Paulo: Atlas, 2013.

o Estado de Direito, desde que o Estado cumpra com o seu dever de tornar a lei penal suficientemente acessível.", apresentando ainda medidas práticas para se assegurar a possibilidade de conhecimento da lei. ASWORTH. Op. cit., p. 313.

LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo projeto de código penal (projeto de lei 236/2012 do senado federal). Revista Liberdades Especial – Reforma do Código Penal. Set. 2012. Disponível em https://ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7325. Acesso em: 12 out. 2024.

LEITE, Alaor. Existem deveres gerais de informação no direito penal? Violação de um dever, culpabilidade e evitabilidade de erro de proibição. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, v. 23, n. n. 2, p. 215–235.

LOBATO, José Danilo Tavares. Da evolução dogmática da culpabilidade. In. GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Orgs.). Temas de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDONÇA, Pedro Marchi. Elementos normativos e princípio da legalidade. Uma proposta a partir de um conceito orientado pela linguagem. In: Problemas concretos de direito penal econômico e da empresa. Acessoriedade, responsabilidade e processo. Heloisa Estellita et all (org). Felipe Campana e Pedro Marchi Mendonça (Col). São Paulo: Marcial Pons, 2023.

MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

PAWLIK, Michael. El error de prohibición en caso de situación legal confusa. InDret, n. 3.2020, 2020.

REBOUÇAS, Sergio. Direito penal: parte geral. 1ª ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general. 1: Fundamentos: la estructura de la teoria del delito / trad. Da 2. ed. alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña. 1. ed., reimpr. Madrid: Ed. Civitas, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Fundamentos del derecho penal de la empresa. Segunda edición, ampliada y actualizada. Madrid: Edisofer, 2016. (Estudios y debates en derecho penal).

TIEDEMANN, Klaus. Sullo stato della teoria dell'errore, con particolare riferimento al diritto penal dell'economia e alle leggi speciali. Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, v. Anno VIII, n. n. 1, 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. O erro no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1977.