

**O CRIME DE
SONEGAÇÃO
FISCAL E
OS FATOS
GERADORES
DECORRENTES
DE PRESUNÇÃO
LEGAL
TRIBUTÁRIA**

*TAX EVASION
OFFENCE AND THE
FACTS OF TAX LEGAL
PRESUMPTION*

Bruna Estima Borba¹

Resumo

Esse artigo, fruto de estudos desenvolvidos quando da elaboração de tese de doutoramento em Direito Penal, tem por objetivo apresentar o pensamento da autora acerca da impossibilidade de tipificação do crime de sonegação fiscal no Brasil em face dos fatos geradores decorrentes de presunções legais tributárias por ausência de culpabilidade. Associando à norma estruturada segundo Karl Binding – tipo objetivo e tipo subjetivo - a regra matriz

de incidência pensada por Paulo de Barros Carvalho, pretende-se demonstrar a ausência do elemento subjetivo no tipo. Ainda que essa conclusão esteja correta, a impossibilidade de caracterização do delito é logicamente anterior, visto que a hipótese em questão é de ausência de tipicidade, por se tratar de crime impossível em razão da ineficácia absoluta do meio de apuração do resultado exigido para sua consumação. Faz-se necessário elucidar que nesse artigo a apreciação do tipo penal é levada a efeito à luz da teoria causalista da ação (e conforme a teoria psicológica da culpabilidade), e não em conformidade com a teoria finalista da ação e com a teoria normativa pura da culpabilidade. Como um dos corolários desta apresentação evidencia-se a necessidade de dar nova caracterização ao crime de sonegação fiscal, por meio de alteração normativa, passando de crime material e de dano a uma mais adequada configuração, como crime formal e de perigo abstrato.

Palavras-chaves: Tipicidade. Culpabilidade. Sonegação fiscal. Fato gerador presumido.

Abstract

This article is result of studies carried out during the preparation of doctoral thesis in Criminal Law, intending to present the author's thinking about the impossibility to classify the crime of tax evasion in Brazil as an injury crime. Associating Binding's and Carvalho's theories, is possible to demonstrate the absence of the subjective element in the penal type. Furthermore, the crime configuration is impossible, due to the absence of means for its consummation.

¹ Professora da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Doutora em Direito pela UFPE. Auditora Fiscal do Tesouro Nacional.

It is necessary to clarify that this article analyzes the criminal type according to the causal theory of action (and as a psychological theory of guilt), and not in accordance with the finalist theory of action. As a corollary of this presentation highlights, the need to give new characterization of the crime of tax evasion through legislative amendment, such as crime formal and abstract danger.

Key-words: Typicality. Guilt. Tax evasion. Presumed taxable.

1. INTRODUÇÃO: A LÓGICA DO SISTEMA JURÍDICO, SEU MÉTODO E SUA ESTRUTURA

1.1 Os pressupostos da análise

Inicialmente, esclarece-se que as conclusões deste artigo se alicerçam na análise da regra matriz, sua estrutura e seus elementos informadores. Para tanto, adotou-se a estrutura da regra matriz como formulada por Paulo de Barros Carvalho².

² CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981 e **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Quanto a seus elementos informadores, são, no âmbito penal aqueles propostos por Karl Binding³ e, no âmbito tributário, os elementos formulados por Paulo de Barros Carvalho.

Entendem-se estabelecidos os seguintes pressupostos: o direito existe, é eficaz, é expresso através de normas[leis], e a vinculação da norma[lei] de direito sempre atinge um sujeito, que é obrigado⁴.

A partir dessas premissas, pode-se conceituar o direito como um conjunto de normas[leis] e, mais que isso, pretender dar, a essas normas[leis], sistematização lógica⁵.

³ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976.

⁴ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 71 a 73.

⁵ Ressalte-se que há crítica a essa construção lógico-sistemática baseada na pandectística, no sentido de ser desnecessário, e mesmo inútil, o estudo da dinâmica jurídica, isto é, a compreensão da incidência da regra matriz. Alf Ross demonstra que a jurisprudência dos conceitos não

Essa sistematização foi realizada por Karl Binding que, segundo von Liszt, elegeu a norma[preceito] como “pedra angular de todo o sistema do direito penal”⁶.

Armin Kaufmann, em seu estudo *Teoria da Norma Jurídica* – que teve por objeto a apreciação das ideias de Karl

passa da construção de expressões sem qualquer significado (‘Tû-Tû’), exemplificando seu entendimento por meio da seguinte exposição:

Supõe o autor uma comunidade fictícia em que haja as seguintes normas:

(1) Aquele que mata um animal totêmico torna-se ‘Tû-Tû’.

(2) Quem está ‘Tû-Tû’, deve se submeter a uma cerimônia de purificação.

Conclui Alf Ross que, não importa o significado dado à expressão ‘Tû-Tû’, as duas normas podem ser substituídas por uma única norma jurídica que a suprima inteiramente:

(3) Aquele que mata um animal totêmico deve se submeter a uma cerimônia de purificação. ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 26 e 27. Apesar da veracidade da explanação do autor, vê-se que ele apenas corrobora a explanação de Hans Kelsen, Karl Binding e Paulo de Barros Carvalho.

⁶ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Campinas: Russell, 2003, Nota de Rodapé 177, p. 141.

Binding sobre o sistema jurídico penal –, considera que o direito é sistematização, é “fixação dos aspectos universais imprescindíveis às normas jurídicas”⁷. Logo, a dogmática jurídica é o estudo das relações lógico-reais em que é processada a normatividade material (o direito material).

Nesse mesmo sentido ensina Pontes de Miranda, ao iniciar seu *Tratado de Direito Privado*, anunciando que “Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos”⁸.

Compreende-se essa sistematização lógica do direito como “a manifestação de uma

⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 12.

⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. IX. Este pensamento é similar àquele encontrado em von Tuhr, para quem “*el mundo jurídico está sujeto al principio de la razón suficiente. Entre factum e efecto jurídico existe una relación de causalidad que no descansa en el orden natural sino en la voluntad de la ley*”. TUHR, Andreas von. **Teoria General del Derecho Civil Alemán**. Volumen II. Los Hechos Juridicos. Buenos Aires: Depalma, 1947, p. 5.

refinada base metafórica, que constitui o espaço ideal e imaginário em que se realiza a dinâmica do pensamento jurídico”⁹, e não como, nas palavras de Torquato Castro Jr., “uma forma sofisticada de alienação”. É no primeiro sentido que se analisa o sistema lógico-jurídico adotado neste estudo.

É verdade que a neutralidade científica pretendida pelo positivismo, a dogmática, converteu-se, como explica Wieacker, num campo de batalha entre forças e interesses contraditórios:

“en primer lugar, entre el Estado autoritario y la sociedad civil; después, hasta en nuestra época, entre las formaciones pluralistas de la moderna sociedad colectiva, las clases, confesiones y concepciones del mundo, los partidos y los grupos profesionales y económicos”.

Para o autor, essas forças se equilibram pelo atendimento aos três princípios que re-

gem a administração da justiça no Estado de direito: a divisão de poderes, a independência judicial e a vinculação do juiz ao direito¹⁰.

Como já exposto, “o que o delinquente viola, praticando a ação proibida ou deixando de praticar a ação exigida, não é o artigo da lei penal em que incorre ... mas a norma implicitamente contida no artigo (não matarás, não furtarás)”¹¹. Nas palavras de Roque de Brito Alves, “com a violação do preceito, é que a sanção surgirá como o seu efeito jurídico”¹².

Reiteram-se abaixo, os significados dados aos termos utilizados neste artigo:

- **norma**, a representação mental abstrata da força obrigatória do direito. As normas[preceitos] penais são pre-

¹⁰ WIEACKER, Franz. **Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna**. Madrid: Aguilar, 1957, p. 385.

¹¹ PEREIRA, José Higinio Duarte. In.: LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Campinas: Russell, 2003, Nota do Tradutor, p. 142.

¹² ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal**. Parte Geral. Recife: Intergraf, 2004, p. 80.

⁹ CASTRO Jr., Torquato. **A Pragmática das Nulidades e a Teoria do Ato Jurídico Inexistente** (Reflexões sobre Metáforas e Paradoxos da Dogmática Privatista). São Paulo: Noeses, 2009, p. 22.

ceitos proibitivos, pois se destinam a impedir modificações que ofendem a ordem¹³. O conteúdo da norma[preceito] é determinado pela lei¹⁴. A norma[preceito] é o *praeceptum legis*, que impõe

ou proíbe determinada conduta, tendo como exemplo: “É proibido matar”. Ressalte-se que, na doutrina de Karl Binding, a norma[preceito] não abrange a consequência jurídica¹⁵.

¹³ Ao lado dessas normas, há, no sistema jurídico de Karl Binding, normas que objetivam causar modificações necessárias à ordem jurídica e em que o preceito é de determinação. KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 23 e 24, nota de rodapé 42.

¹⁴ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p.22, NR 36. As normas proibitivas foram classificadas por Karl Binding em: 1.quanto ao objetivo: 1.1 proibições de ofensas, 1.2 proibições de riscos (proíbem atos que trazem em si o perigo de causar certo resultado), 1.3 proibições puras e simples (se opõem a atos que, geralmente, trazem perigo para determinados bens); 2. quanto às condições: 2.1 condicionais (condicionam a proibição à imposição de determinadas circunstâncias, do tipo, “Se ocorrer isto, não deversás ...”), 2.2 não condicionais; 3. quanto ao sujeito ativo: 3.1 especiais (dirigidas a determinados agentes), 3.2 gerais (dirigidas a qualquer indivíduo). KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 23 e 34, NR 42.

- **lei**, o texto legal existente, válido e vigente, no ordenamento jurídico. No exemplo acima, a lei correspondente à [preceito] consta do art. 121 do Código Penal: “Matar alguém. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”.

- **crime**, o “ato culpável contrário à norma”¹⁶ ou “um ato contrário à norma e atribuível à culpa do agente, ao qual antes de sua prática tenha sido cominada pena pública através de uma lei penal”¹⁷. Daí a conclusão de Karl Binding de que o criminoso realiza a conduta típica – antecedente da regra matriz - estabelecida

¹⁵ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 61.

¹⁶ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 35.

¹⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p.50, NR 247.

na ‘lei’¹⁸. A mais contundente crítica a Binding vem, justamente, de sua afirmação de que o criminoso não comete qualquer violação da lei penal¹⁹.

- **regra matriz**, a estrutura lógica do dispositivo, ou conjunto de dispositivos legais, contendo o antecedente, o fator deôntico (o dever ser) e o consequente²⁰. O antecedente da regra matriz, no direito penal, contém, conforme Karl Binding, a ‘tipicidade objetiva’²¹ (a ação, correspondendo à vontade humana transformada em realidade, nele incluída a causalidade; e a antijuridicidade) e a tipicidade

subjéctiva, ou culpabilidade²² (o conhecimento da proibição contida na norma[preceito] e a capacidade de determinar-se de acordo com o preceito). Ainda no âmbito penal, o consequente da regra matriz é formado pela sanção, a *sanctio legis*. Ainda no exemplo anteriormente exposto, a regra matriz é: “Se matar alguém, então deve ser reclusão de 6 a 20 anos”.

1.2 A lógica do sistema jurídico

Assim, compõem a ‘lógica’²³ do sistema jurídico, seu método – o método de sub-sunção lógico - e sua estrutura, as regras matrizes. Nelas, é previsto um antecedente, ou tipo, ou suporte fático (*Tatbestand*²⁴), e sua consequência jurídica.

¹⁸ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 21.

¹⁹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 17, NR 5.

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116.

²¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp.37 a 42.

²² KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 43 a 50.

²³ MIRANDA, Pontes de. **Traçado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. IX e XIX

²⁴ Pontes de Miranda denominou o antecedente da regra matriz, o

O suporte fático é o fato previsto na regra e sobre o que ela incide. A regra “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na forma civil (Código Civil, art. 1º²⁵), é regra jurídica de suporte fático simplicíssimo: ‘Homem’”²⁶.

Nas palavras de von Tuhr, “*Cada norma abstracta enuncia los hechos; si éstos existen, debe producirse el efecto jurídico*”²⁷.

O sistema funciona por meio da incidência da regra matriz, dando-se, logicamente, o conseqüente nela prescrito²⁸.

suporte fático, de ‘norma jurídica’ ou de ‘regra jurídica’. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 4.

²⁵ O autor se referia ao Código Civil de 1919, anterior ao vigente.

²⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. XI.

²⁷ TUHR, Andreas von. **Teoria General d el Derecho Civil Aleman**. Volumen II. Los Hechos Juridicos. Buenos Aires: Depalma, 1947, p. 4.

²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 30.

A lei tributária adotou expressamente essa teoria, quando definiu, no parágrafo 1º do art. 113 do Código Tributário Nacional, que a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo. Vê-se que a causa da relação jurídica obrigacional tributária é o fato gerador.

O direito penal igualmente se funda nessa teoria, visto que, da ocorrência da conduta prevista no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 – suprimir ou reduzir tributo mediante fraude – decorre, juridicamente, a sanção. Verifica-se, assim, que a causa da pena é a conduta típica, como evidenciado por Karl Binding, pois a consequência jurídica (a sanção penal) decorre do cumprimento do antecedente previsto na lei.

Por fim, tem-se que o estudo desse sistema – um sistema de método lógico, estruturado por regras matrizes – é um estudo dogmático.

A dogmática jurídica é, portanto, o estudo do sistema, abrangendo²⁹:

²⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte

- a elaboração da regra matriz, enquanto fato político – supondo um fato anterior, social, como explicativo do fato político;

- a regra matriz existente, caso em que se deve verificar, aditivamente, sua vigência temporal (ou ‘tempo de incidência’³⁰) e espacial³¹;

- o suporte fático (*factum*, ou *Tatbestand*³²) abstrato descrito no antecedente da regra matriz;

- a consequência jurídica prescrita no consequente da regra matriz.

Observe-se que é da incidência que se dá a transformação do fato do mundo em fato jurídico, num processo de

‘colorir’ os fatos do mundo, que Pontes de Miranda denomina de ‘princípio da esquematização do fático’³³. A aceitação deste sistema lógico pressupõe a incidência de toda e qualquer regra matriz. Como explica von Tuhr, “*Cuando existe in concreto el factum de cierta norma, el efecto jurídico se produce con necesidad lógica*”³⁴.

(A)

A incidência da regra matriz pode ser visualizada por meio do seguinte esquema:

Fatos do Mundo (aquilo fora do quadrado pode ser entendido como tudo o que pode haver, para além do mundo perceptível ao homem)

Abrange o campo da incidência (suprimir tributo mediante fraude) e da não

Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 4.

³⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tra-tado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 15.

³¹ MIRANDA, Pontes de. **Tra-tado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 18.

³² TUHR, Andreas von. **Teoria General del Derecho Civil Aleman**. Volumen II. Los Hechos Juridicos. Buenos Aires: Depalma, 1947, p. 4.

³³ MIRANDA, Pontes de. **Tra-tado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 21.

³⁴ TUHR, Andreas von. **Teoria General del Derecho Civil Aleman**. Volumen II. Los Hechos Juridicos. Buenos Aires: Depalma, 1947, p. 4.

incidência (dormir, por exemplo)

(B)

Condutas Típicas, ou Hipóteses de Incidência, ou Suportes Fáticos ou *Tatbestand*, ou *Fattispecies* ou Prótases, sempre descritores de fatos no campo da incidência (como suprimir tributo mediante fraude, para o direito penal, e auferir renda, para o direito tributário)

A não incidência decorre da simples ausência de subsunção do fato ao antecedente da regra matriz.

Nesses casos, o fato do mundo é um acontecimento irrelevante para o direito, jurídico, isto é, não qualificado juridicamente, ou atípico, como o ato de dormir, que não é conduta típica penal, nem tampouco é hipótese de incidência tributária.

Por fim, Karl Binding entende haver completude no sistema jurídico, que é composto por dois tipos de leis:

1. Leis afirmativas, que podem ser:

(i) leis imperativas, que estabelecem obrigações e se

destinam a impedir modificações que ofendam a ordem jurídica (o preceito contido na lei é proibitivo, do tipo “Não causai”³⁵); ou

(ii) leis concessivas, que objetivam causar modificações necessárias à ordem jurídica (o preceito contido na lei é de determinação, do tipo “Causai”)³⁶; e

2. Leis negativas, que contêm preceitos jurídicos negativos, isto é, que estatuem que “determinadas situações fáticas não devem produzir qualquer efeito jurídico, ou passarão a não mais produzi-lo neste ou naquele setor”³⁷.

Paulo de Barros Carvalho explica a completude do sistema jurídico, visto que a regra matriz abrangerá qualquer conduta relevante para o direito, que poderá ser:

³⁵ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 139.

³⁶ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 23 a 25 e 139.

³⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976. p. 25.

(i) lícita, abrangendo as ações obrigatórias e as facultativas; ou

(ii) ilícita, ou não permitida pelo direito.

O raciocínio desse autor se desdobra nas seguintes conclusões³⁸:

- o direito prevê e considera todo e qualquer tipo de comportamento humano;

- não há possibilidade de que um mesmo comportamento (ação ou omissão) venha a ser considerado, a um só tempo, permitido e proibido pela ordenação jurídica;

- tudo o que é obrigatório é permitido pelo direito, mas nem tudo o que é permitido é obrigatório.

Ainda em relação à regra matriz, deve-se mencionar a doutrina kelseniana, que, coincidentemente, compõe, na regra matriz, o suporte fático como antecedente, e a relação jurídica decorrente da incidência, no consequente. Kel-

sen³⁹ descreve uma norma primária – que prevê um suporte fático e sua consequência, a sanção – e uma norma secundária – que estabelece o comportamento desejado pela ordem jurídica.

A regra jurídica kelseniana – correspondente à regra matriz de Paulo de Barros Carvalho – contém, assim, um juízo hipotético.

No direito penal, a regra matriz correspondente ao art. 121 do Código Penal é:

Matar *alguém*
(*DEVE SER*) *pena:*
de 6 a 20 anos

- norma primária –

Já a norma[preceito] é: “É proibido matar”. Binding reconhece que, em geral, a norma[preceito] não vem escrita⁴⁰, sendo dela que se origina a lei penal⁴¹.

³⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 41 e 42.

³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987, págs. 78 a 83.

⁴⁰ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 25.

⁴¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 63.

Paulo de Barros Carvalho explica que o legislador poderia erigir um sistema normativo estritamente kelseniano perfeitamente eficaz, composto exclusivamente por normas primárias, pois “da norma primária poder-se-á sempre extrair, logicamente, a norma secundária que lhe corresponda”⁴².

Também relevante é citar a teoria egológica do direito, elaborada por Carlos Cossio, que chama de endonorma o preceito, isto é, a norma que estabelece o comportamento prescrito ou proibido, compondo-a com a perinorma, a norma que prevê uma sanção para a violação da norma primária⁴³.

⁴² Paulo de Barros Carvalho explica que o legislador poderia erigir um sistema normativo estritamente kelseniano perfeitamente eficaz, composto exclusivamente por normas primárias, pois “da norma primária poder-se-á sempre extrair, logicamente, a norma secundária que lhe corresponda”. CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 40.

⁴³ A norma jurídica ‘completa’ possui a seguinte estrutura: Endonorma [1. a tipicidade e seu com-

Pode-se afirmar que, em matéria penal, a regra matriz descreve uma hipótese à qual se associa, por meio do ‘dever ser’, uma consequência.

Esclareça-se que as divergências afloram porque os autores – Karl Binding, Hans Kelsen, Carlos Cossio, Pontes de Miranda e Paulo de Barros Carvalho – denominam de ‘norma’, ora a lei penal, ora o preceito pré-existente à lei – estruturando-a ora como juízo hipotético, ora como juízo hipotético disjuntivo.

Reitere-se que, para Karl Binding, o criminoso realiza a conduta típica – o suporte fático – estabelecida na lei⁴⁴.

plemento temporal (Tt); 2. deve ser (atribuibilidade); 3. prestação (P); 4. por um sujeito obrigado ao dever jurídico (So); 5. face a um sujeito a quem cabe a pretensão (Sp); 6. ou (disjuntivo); 7. se houve a transgressão (não-P); 8. deve ser (atribuibilidade) ser; 9. sanção (S); 10. por um órgão obrigado (Oo); perante a comunicade dotada de pretensão (Cp)]. COSSIO, Carlos. **La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964, pp. 356 a 475.

⁴⁴ Esclareça-se que Binding denomina de ‘lei’ a regra matriz de Pontes de Miranda. Por outro lado,

Da incidência da lei penal surge a relação jurídica, que é sua consequência, a imposição da pena⁴⁵. O autor considera que a conduta do delinquente viola o direito, um preceito, ou proposição jurídica que “traça a forma de seu comportamento”, mas não a lei penal⁴⁶.

Como esclarece Armin Kaufmann, se Karl Binding houvesse afirmado apenas que a lei penal abstrata encerra um conteúdo duplo, de um lado a norma [preceito de proibição] e, de outro, a *sanctio legis*, estaria em conformidade com a teoria pura do direito⁴⁷.

Cláudio Brandão ensina que a norma penal é “uma imagem conceitual, um mode-

lo da conduta incriminada”⁴⁸, ou seja, uma hipótese de conduta para a qual deve ser aplicada uma pena. A proposição jurídica corresponde ao conceito de preceito proibitivo: “não matarás”.

Binding, apesar de reconhecer que os preceitos proibitivos protegem bens, considerando-os, assim, bens jurídicos⁴⁹, definiu o delito como a transgressão, com culpa, do preceito, tornando-se mera ofensa ao dever de obediência à própria norma [preceito]. O crime, por sua vez, seria a conduta prevista na lei penal, à qual se associa a sanção. Em crítica a Binding, Liszt⁵⁰ ar-

⁴⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 51.

⁴⁹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 27.

⁵⁰ Analisando a teoria da norma de Binding, Liszt comenta que, para o primeiro, “A lei penal ... é toda disposição jurídica segundo a qual de um determinado delito resulta ou deixa de resultar um direito ou um dever de punir... O dever de obediência acha-se em face do direito à observância da norma... O direito penal, ao contrário, ... estabelece uma relação jurídica entre o criminoso e que está investido no direito de

chama de ‘norma’ o preceito contido na lei. KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 21.

⁴⁵ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 65.

⁴⁶ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976 p. 17.

⁴⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 71.

punir. Liszt, vol. 1, Nota de Rodapé 177, p. 141. Ressalte-se que Liszt analisa a ação humana sob aspecto causal, no que se denomina de teoria causalista da ação. Esta teoria pressupõe haver dois aspectos distintos referido ao crime, o externo e o interno, sendo o primeiro evidenciado pela ação humana perceptível aos sentidos – tipo objetivo - o segundo correspondente aos elementos psicológicos imperceptíveis aos sentidos – tipo subjetivo. Nas palavras de Mir Puig: “Formulado a partir de uma metodologia positivista, o ‘conceito causal-naturalista’ constitui na dogmática alemã o pilar do esquema clássico do delito, cujas bases foram assentadas por von Liszt e Beling” PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 154.

Não foi sempre assim, visto que, anteriormente, coube a Samuel Pufendorf analisar a ação delituosa de modo integrado e naturalístico, do que resultava um juízo de imputação sobre a conduta e, dele, a possibilidade de responsabilização. Segundo exposto por Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, a imputação decorreria da ação livre, denominada de *entia physica* – que caracterizaria a *imputativitas* – associada à vontade – *entia moralia*. A vontade e a ação, das quais decorriam um resultado, bastariam, portanto, para configuração do crime. A teoria de Pufendorf reconhecia o livre arbítrio, visto que pressupunha uma

gumenta que o primeiro autor não fez qualquer referência ao bem jurídico, para cuja proteção a norma é chamada. Isso decorre, como já exposto, de sua teoria da norma ser um estudo estritamente dogmático⁵¹. No entanto, Karl Binding⁵² faz, expressamente, referência ao bem jurídico, como já exposto.

2. O ANTECEDENTE DA REGRA MATRIZ

A regra matriz é a regra com que o homem, “ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens

vontade livre. PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes. **Teoria da Imputação Objetiva do Resultado. Uma aproximação crítica a seus fundamentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 27 a 33.

⁵¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 10 e 11

⁵² KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 28.

da vida”⁵³. Esta conceituação é coerente com a concepção de direito como instrumento de intervenção do Estado no meio social e como afirmado por Recaséns Siches, “*el Derecho es un medio especial, ... adoptado por los hombres en sociedad para asegurar la realización de los fines cuyo logro consideran necesario para su vida*”⁵⁴.

É, portanto, pela incidência da regra matriz que os fatos do mundo se tornam fatos jurídicos, num processo de ‘esquematização do mundo físico’, que Pontes de Miranda denomina de ‘princípio da esquematização do fático’⁵⁵. É a regra matriz que “adjetiva os fatos para que sejam jurídi-

cos (- para que entrem no mundo jurídico)”⁵⁶.

Ao conjunto de fatos descritos no antecedente da regra matriz dá-se o nome de *factum* (*Tatbestand*)⁵⁷. O *factum* pode ser simples ou complexo, caso haja previsão de um único fato ou de mais de um fato do mundo⁵⁸. Matar alguém é fato simples. A entrada de mercadoria no território nacional é fato simples. A supressão de tributo mediante fraude é fato complexo.

O *factum* pode ser um acontecimento (a morte) ou um estado (ser espólio)⁵⁹. Pode ainda ser positivo (uma ação)

⁵³ MIRANDA, Pontes de. **Tra-**
tado de Direito Privado. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 3. Note-se que o autor
se refere apenas à ‘regra jurídica’,
isto é, ao antecedente da regra ma-
triz, ou à prótese da regra matriz.

⁵⁴ SICHES, Recaséns. **Introduc-**
ción al Estudio del Derecho.
Porrua: Mexico, 1970, p. 122.

⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tra-**
tado de Direito Privado. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 21.

⁵⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tra-**
tado de Direito Privado. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 6.

⁵⁷ TUHR, Andreas von. **Derecho**
Civil. Teoria General del Derecho
Civil Aleman. Volumen II. Los
Hechos Juridicos. Buenos Aires:
Depalma, 1947, p. 4.

⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tra-**
tado de Direito Privado. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 17.

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tra-**
tado de Direito Privado. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 23.

ou negativo (uma omissão)⁶⁰. Pode, também, ser um fato natural (a morte) ou jurídico (a propriedade imobiliária)⁶¹.

A descrição completa do suporte fático é essencial à incidência da regra matriz. Seja no âmbito do direito penal, ou no campo do direito tributário, vige o princípio da estrita tipicidade.

As características básicas do antecedente da regra matriz são a abstração e a generalidade⁶².

⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tra-**
tado de Direito Privado. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 24.

⁶¹ MIRANDA, Pontes de. **Tra-**
tado de Direito Privado. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p., 34 e 35. De fato, o
CTN distingue tais fatos denomi-
nando-os de situação de fato (inc. I
do art. 116) e de situação jurídica
(inc. II do art. 116), esta podendo
ser submetida à condição suspensiva
ou resolutória (art. 117).

⁶² MIRANDA, Pontes de. **Tra-**
tado de Direito Privado. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, pp. 6 a 13. Reitere-se que
o autor se refere apenas à 'regra
jurídica', isto é, ao antecedente da
regra matriz, ou à prótese da regra
matriz. Pontes de Miranda acres-
centa ainda a 'infalibilidade', mas tal
característica é própria da conse-

A regra matriz jurídica contém, em sua prótese, a descrição abstrata de uma situação fática que, se e quando efetivamente ocorrida no mundo, caracterizará o fato jurídico⁶³. O fato jurídico é, assim, a concretização do fato abstratamente descrito na regra matriz.

A descrição normativa do fato - que o autor denomina suporte fático - é geral, aplicável a qualquer um que se encontre na situação prevista. Só excepcionalmente a lei é individual e concreta, quando cogita de um só caso⁶⁴.

Paulo de Barros Carvalho explica que uma proposição prescritiva deve ser classificada como norma jurídica, se a regra matriz que lhe dá estru-

quência jurídica, e não do antecedente, da regra matriz.

⁶³ MIRANDA, Pontes de. **Tra-**
tado de Direito Privado. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 6.

⁶⁴ TUHR, Andreas von. **Teoria**
General del Derecho Civil Ale-
man. Volumen II. Los Hechos
Juridicos. Buenos Aires: Depalma,
1947, p. 3. e MIRANDA, Pontes de.
Tra-
tado de Direito Privado. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, pp. 8 e 12.

tura contiver uma “ação-tipo que deve repetir-se tantas vezes quantas seu destinatário se encontre na situação descrita”. Já para as prescrições não abstratas, deve-se reservar a designação de ordens ou comandos”⁶⁵, ressaltando-se que ambas coexistem harmonicamente no sistema jurídico.

O art. 121 do CP contém um suporte fático bastante simples: ‘matar alguém’. O preceito contido nessa norma seria ‘não matar’, significando um comando ‘situado fora do tipo penal’⁶⁶.

Karl Binding conceitua a lei penal como “uma regra jurídica que regula a formação,

o conteúdo e o fim das relações jurídico-penais que se estabelecem entre o titular do direito de punir e o criminoso”⁶⁷. Para identificar a conduta caracterizadora do delito, Binding afirma que ela deve ser uma ‘ação juridicamente relevante’⁶⁸.

A coerência das ideias de Karl Binding vai sendo demonstrada à medida em que ele identifica e analisa a ação juridicamente relevante. Para tanto, o autor explica que a ação penal juridicamente, ou conduta penal, é composta por dois elementos: a tipicidade objetiva e a tipicidade subjetiva. Esses são os elementos que devem estar presentes no antecedente da regra matriz:

1. - tipicidade objetiva⁶⁹:

(i) a ação, correspondendo à vontade humana trans-

⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 23.

⁶⁶ Esclareça-se que Binding denomina de ‘lei’ a regra matriz de Paulo de Barros Carvalho. Para o primeiro autor, lei é “Matar alguém. Pena: de 6 a 20 anos de reclusão e multa.” Por outro lado, chama de ‘norma’ o preceito contido na regra matriz, isto é, ao preceito “Não matarás”. KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 21.

⁶⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 31.

⁶⁸ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 44.

⁶⁹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp.37 a 42.

formada em realidade, nele incluída a causalidade; e

(ii) a antijuridicidade.

2 – tipicidade subjetiva, ou culpabilidade⁷⁰:

(i) conhecimento do preceito contido na norma;

(ii) a capacidade de determinar-se de acordo com o preceito.

Esclareça-se que os elementos normativos, que se apresentam em profusão no art. 1º da Lei nº 8.137/1990, fazem parte da tipicidade objetiva, na teoria de Karl Binding, ou seja, estão presentes na descrição da conduta que se transforma em ação antijurídica. Os erros de proibição referentes a esses elementos normativos, compõem, por outro lado, o elemento subjetivo, a culpabilidade.

A adaptação da doutrina de Karl Binding à teoria da regra matriz de Paulo de Barros Carvalho exige que se exponha a classificação dos elementos (o autor os denomina ‘critérios’) que compõem o

anecedente, ou suporte fático⁷¹:

i) elemento ou critério material: é o núcleo ou cerne do suporte fático. Em regra, refere-se a um comportamento de pessoas físicas ou jurídicas (no direito penal e no tributário) como matar alguém, apropriar-se de coisa alheia móvel, vender mercadorias, ser proprietário, ... É essencial para a regra matriz e conterà sempre um verbo, seja de ação ou de estado, e seus complementos. No caso do art. 1º da Lei nº 8.137/1990, e seus incisos I a V, verificou-se a existência de, entre tais complementos, inúmeros elementos normativos.

A probabilidade dos fatos pode ser suporte fático da regra matriz, como ocorre nos crimes de perigo⁷².

ii) elemento espacial: é o espaço em que o fato tem

⁷⁰ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 43 a 50.

⁷¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 286 a 296.

⁷² MIRANDA, Pontes de. **Tra-
tado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 27.

lugar⁷³. É o local – *locus facti* – onde o fato típico ou gerador deva ocorrer (ex.: local em que se deu a conduta típica, para o direito penal; situar-se o imóvel na área urbana do município, para o direito tributário). Pode estar ou não explicitamente presente na norma jurídica. Via de regra, o critério espacial coincide com o âmbito de validade territorial da lei.

iii) elemento temporal: Os fatos são no tempo⁷⁴. Um fato pode ser pontual ou linear⁷⁵. O elemento temporal é a previsão do tempo em que se dá por ocorrido o fato e assinala o momento do surgimento do direito subjetivo do Estado e do correspondente dever jurídico do sujeito passivo. No âmbito do direito penal, para determinação da época do crime, aplica-se o

princípio da atividade, isto é, considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado (art. 4º do CP). O direito tributário é mais flexível em relação ao elemento temporal, que pode coincidir com o momento de ocorrência do fato – como na importação, em que é o momento da entrada do produto estrangeiro no território nacional (fato gerador instantâneo pontual, como ensina Pontes de Miranda) – ou se protrair no tempo, a exemplo do fato gerador do imposto de renda da pessoa física (fato gerador complexivo ou linear, para Pontes de Miranda), pois se perfaz ao longo do ano-calendário.

Ressalte-se que Paulo de Barros Carvalho exclui, em seus estudos de direito tributário, o elemento subjetivo, ao afirmar que, entre os critérios para identificação do fato, estariam todos os seus aspectos, “que não acordo de vontades”⁷⁶.

⁷³ MIRANDA, Pontes de. **Tra-
tado de Direito Privado**. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 27.

⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tra-
tado de Direito Privado**. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 29.

⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tra-
tado de Direito Privado**. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 25.

⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Bar-
ros. **Teoria da Norma Tributária**.

Enfim, entende-se por suporte fático, *factum ou Tatbestand*, o conjunto de fatos descritos no antecedente da regra matriz, sendo composto, no âmbito do direito penal tributário, de elementos indicadores da ‘tipicidade objetiva’⁷⁷ (ação antijurídica) e da tipicidade subjetiva, ou culpabilidade⁷⁸.

É justamente da ausência deste elemento subjetivo, a culpabilidade, que é revelada quando, no antecedente da regra matriz, há a previsão de um fato presumidamente ocorrido.

3. A TIPICIDADE NO ANTECEDENTE DA REGRA MATRIZ

Em relação à configuração da culpabilidade, necessariamente se faz a aproximação das

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 69.

⁷⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp.37 a 42.

⁷⁸ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 43 a 50.

ideias de Karl Binding à teoria finalista da ação.

Isso porque, em que pesem as demais teorias da ação⁷⁹, o finalismo de Hans Welzel foi adotado pelo Código Penal brasileiro vigente.

Segundo Hans Welzel, por ter consciência das causas e dos efeitos de suas ações, o homem pode orientar seus atos a fim de obter o resultado desejado⁸⁰.

Assim, querendo o resultado, o sujeito elege “fatores causais necessários”⁸¹ à sua realização, donde se conclui que o dolo está inserido na própria conduta humana⁸². Na culpa⁸³ o agente não age

⁷⁹ Teorias causalista e social da ação. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 20 a 22 e 28 a 29.

⁸⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Jurídica de Chile, 1997, pág. 39.

⁸¹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, pág. 25.

⁸² BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 26.

⁸³ Em vista de o delito do art. 1º da Lei nº 8.137/1990, só admitir a modalidade dolosa, deixa-se de expor, neste estudo, a culpa segundo

com a finalidade de obter o resultado, mas atua com negligência, imprudência ou imperícia.

O delito, do ponto de vista formal, é definido, na dogmática penal brasileira atual, que adotou a teoria finalista da ação, como um fato típico, antijurídico e culpável.

Karl Binding, por outro lado, definiu, anteriormente a Hans Welzel, o crime como uma “ação juridicamente relevante”⁸⁴.

Ao caracterizar a ação considerada penalmente relevante, Karl Binding, ainda que formule suas ideias de modo distinto da teoria finalista, não deixa de contemplar a culpabilidade, e seus elementos constitutivos, para configuração do crime.

a teoria finalista da ação. No entanto, ela é considerada não como uma reprovação aos fins pretendidos pelo sujeito, mas aos “meios que o agente elegeu para a consecução de seus fins”. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 27.

⁸⁴ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 44 e 45.

Aproxima-se o autor na concepção psicológico-normativa da culpabilidade, acompanhando o entendimento de Reinhard Frank⁸⁵, que manteve o dolo e a culpa na culpabilidade, embora possibilitasse um juízo de valoração sobre ambos, por meios das ‘circunstâncias concomitantes’ que acompanham a ação.

Mas, conforme se conclui neste estudo, Karl Binding é, em essência, finalista, pois descreve sua ação juridicamente relevante como uma ação típica objetiva, fruto de uma vontade livre e consciente voltada a uma finalidade, o que deslocou a culpabilidade para o âmbito normativo, apesar de denominá-la tipicidade subjetiva.

Logo, Karl Binding soube distinguir a culpabilidade, ou reprovabilidade, do dolo presente na ação.

3.1 Tipicidade objetiva de Karl Binding

⁸⁵ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004, pp. 16 e 17.

Karl Binding definiu o crime como um ato culpável contrário à norma[preceito], quer seja punível, quer não⁸⁶, composto por tipicidade objetiva e subjetiva.

A tipicidade objetiva compreende, segundo Binding, um ato contrário ao direito e querido pelo indivíduo⁸⁷. Esse ato deve revestir-se da qualidade de ação, posto que resultante de uma “vontade juridicamente relevante”⁸⁸.

A vontade juridicamente relevante, por sua vez, é aquela que visa a uma modificação no campo do direito⁸⁹. Logo, é a vontade consciente – acompanhada ao menos do conhecimento do querer⁹⁰ – e

determinada a alcançar o resultado previsto. Percebe-se, assim, que a concepção de ação humana, formulada por Karl Binding é, em essência, finalista, visto que nele está inclusa a previsão de um resultado a ser alcançado.

Ainda compondo a tipicidade objetiva, há o nexos de causalidade, pois “a vontade juridicamente relevante do homem deve corresponder à modificação do mundo jurídico, de forma que justamente o homem de que se cogita a tenha querido”⁹¹.

A ação deve ser também dotada de injuridicidade, ou incompatibilidade com o direito, ou ainda, de violação do direito⁹² - expressões utilizadas por Karl Binding como sinônimos. Binding explica ainda que as exclusões de anti-juridicidade decorrem de re-

⁸⁶ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 35.

⁸⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 37.

⁸⁸ O ato é o gênero, do qual a ação e a casualidade (ato irrelevante juridicamente), são espécies. AK, p. 37.

⁸⁹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 45.

⁹⁰ Para Binding, o querer inconsciente não é objeto do Direito. KAUFMANN, Armin. **Teoria da**

Norma Jurídica. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 39.

⁹¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 44.

⁹² KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 41 e 42.

gras de exceção, como ocorre com a hipótese de legítima defesa⁹³.

3.2 Tipicidade subjetiva de Karl Binding

Karl Binding afirma que “à tipicidade subjetiva corresponde a culpabilidade”⁹⁴. Para a doutrina da norma[preceito] de Binding, a tipicidade subjetiva requer a culpabilidade, assim como a tipicidade objetiva exige a vontade voltada para uma finalidade.

A tipicidade subjetiva, ou culpabilidade, pressupõe a ação humana livre⁹⁵, de um homem dotado de capacidade delitual⁹⁶. Esclareça-se que a capacidade delitual de Binding não se confunde com a capacidade de ser titular de direitos

e obrigações, pressuposto da própria ação humana livre⁹⁷.

É, precisamente, a capacidade delitual o cerne da culpabilidade de Karl Binding. Note-se, de início, que esse elemento do crime refere-se à reprovação do autor, e não do ato praticado, o que reveste o crime, claramente, das características da culpabilidade como atualmente compreendida.

A capacidade delitual é a condição do indivíduo de ser juridicamente capaz de querer a modificação dos fatos proibida pela norma[preceito]⁹⁸. Somente o indivíduo capaz de agir, no sentido posto por Binding, tem o dever de obedecer à norma[preceito] e, portanto, somente ele pode praticar a conduta prevista no antecedente da lei penal.

Sintetizando a doutrina de Karl Binding, a ser detalhada em seguida, a capacidade delitual requer a capacidade de conhecer a proibição contida da norma[preceito], ou seja, de

⁹³ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 42 e 43.

⁹⁴ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 43.

⁹⁵ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 43.

⁹⁶ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 45.

⁹⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 45.

⁹⁸ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 45.

conhecer o dever e, cumulativamente, a capacidade de comportar-se conforme esse conhecimento, isto é, de cumprir o dever.

Trata-se de uma capacidade *ad hoc*, de conhecer e de agir, do indivíduo, em relação a algo determinado e perfeitamente definido⁹⁹. A capacidade delitual “é o poder de conhecer a natureza do ato em relação à norma e mantê-lo em harmonia com a mesma”¹⁰⁰. Essa capacidade delitual é aferida por meio de um juízo existencial, verificável *hic et nunc*¹⁰¹.

Logo, a culpabilidade, para Karl Binding, é reconhecível pela verificação de circunstâncias que envolvem um determinado agente, perante determinada ação. Essas circunstâncias são: a capacidade

de conhecer a norma[preceito]; a capacidade de conhecer os fatos que se apresentam; e a capacidade de associar esses fatos à norma[preceito]¹⁰².

(i) capacidade de conhecer a norma[preceito] ou capacidade de conhecer o dever

O conhecimento prévio na norma[preceito], em abstrato, é pressuposto do dever, em concreto, de cumpri-la¹⁰³. Isso inclui a possibilidade de deduzir, na ocasião, o preceito proibitivo.¹⁰⁴

Para Karl Binding, “o direito abre milhares de canais para chegar a nós”¹⁰⁵, de modo que cada um obtém o conhecimento dos deveres jurídicos

⁹⁹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 45.

¹⁰⁰ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 46.

¹⁰¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 211.

¹⁰² KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 45 a 50.

¹⁰³ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 173, NR 146.

¹⁰⁴ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 46 e NR 212 a 215.

¹⁰⁵ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 47.

com o ar que respira¹⁰⁶. É o que mais tarde Mezger chamaria de “valoração paralela na esfera leiga”¹⁰⁷.

A culpabilidade não requer, portanto, que o agente tenha tomado conhecimento formal da norma[preceito], nem que tenha, efetivamente, lido a lei penal. Binding não tenta esclarecer se o conhecimento da norma, pelo indivíduo, decorre de um sentimento interno de justiça, ou se resulta da adesão voluntária ou forçada à vontade do legislador ou do Estado. Como afirma Armin Kaufmann, o autor soube evitar esse falso problema, colocando lado a lado os diversos caminhos pelos quais o indivíduo alcança o conhecimento da norma¹⁰⁸.

¹⁰⁶ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 47, NR 221.

¹⁰⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 222, NR. 30.

¹⁰⁸ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 219.

Binding questiona se o conhecimento da norma deve ser atual, no momento da conduta, ou se basta que seja atualizável no momento do ato.

Para os delitos dolosos, Karl Binding exige a consciência *hic et nunc* da ilicitude, isto é, da norma[preceito] que proíbe a conduta. Já para os crimes culposos, é requerido apenas o conhecimento atualizável¹⁰⁹. Isso porque, na culpa, há a transgressão de uma norma[preceito] que determina uma ação, e não a violação de uma norma[preceito] proibitiva. Na culpa há sempre, portanto, delito por omissão.

Ao violar a norma[preceito] que determina o tomar conhecimento das leis – e esse dever é idêntico para todas elas – o indivíduo comete um crime omissivo. Continua Binding explicando que “a transgressão de uma norma proibitiva, quando desconhecida, não pode transformar-se num delito pelo simples fato

¹⁰⁹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 47 e NR 215.

de ser o agente culpado desse desconhecimento”¹¹⁰.

Ressalte-se que a capacidade de conhecimento atual da norma significa, na obra de Karl Binding, a “capacidade de adquirir a consciência atual da norma”¹¹¹. Em suma, o indivíduo, frente a uma situação concreta, deve ser capaz de deduzir a norma[preceito]. Essa dedução pode decorrer de uma atualização, no momento da conduta, do conhecimento já adquirido, ou da própria compreensão do conhecimento, no momento da ação¹¹².

(ii) capacidade de conhecer os fatos que se apresentam e de associar esses fatos à norma[preceito], ou capacidade de cumprir o dever

Para Karl Binding a culpabilidade requer, aditivamen-

te, a capacidade de cumprir o dever, isto é, a capacidade de transformar o conhecimento da proibição em diretriz do comportamento, ou capacidade de “subsunção das decisões à norma”¹¹³.

É nesse requisito – que pressupõe o prévio conhecimento da norma[preceito] – que Karl Binding encontra a essência da culpabilidade, por compreendê-la como uma condição do indivíduo *ad hoc*. O agente deve, no momento da ação, ser capaz de responder à pergunta: Isto é ou não proibido?¹¹⁴ Essa subsunção dos fatos à norma[preceito] deve ser levada a efeito com os recursos do leigo¹¹⁵, e se reflete numa subsunção medi-

¹¹⁰ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 47, NR 224.

¹¹¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 217

¹¹² KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 218.

¹¹³ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 49.

¹¹⁴ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p.49.

¹¹⁵ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 49.

ata à lei penal, posto que imediata ao preceito¹¹⁶.

A subsunção necessária ao cumprimento do dever requer que o autor possa “avaliar o ato em todas as suas componentes, com base na norma, especialmente em relação aos meios escolhidos para alcançar o resultado pretendido e reconhecer seu caráter inofensivo ou antijurídico”¹¹⁷.

A culpabilidade, segundo Binding, abrange, assim, a possibilidade de identificar cada um dos componentes do ato praticado, e dos meios escolhidos como possuidores de natureza contrária à norma[preceito].

(iii) capacidade de associar os fatos à norma[preceito]

Por fim, a culpabilidade requer a “capacidade de formação e atuação autônoma da vontade individual”, compreendida por Binding como a

impossibilidade de atuar de modo alternativo¹¹⁸.

Abordando a questão do erro, Karl Binding explica que o erro inevitável sobre quaisquer das circunstâncias que envolvem o conhecimento da norma[preceito] ou dos fatos que devem subsumir-se à norma[preceito] implicam a ausência de capacidade delitual. Vê-se que o autor não distingue o erro de proibição do erro de tipo, pois o erro será sempre sobre o delito, em concreto¹¹⁹.

Quanto às discriminantes putativas, assim se pronuncia Binding: “aquele que conhece a proibição de matar ..., mas injustificadamente considera a regra inaplicável a determinada hipótese, terá agido com culpa por ter transgredido o dever de não matar, que lhe era conhecido”¹²⁰.

¹¹⁶ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 49, Schuld, p. 54.

¹¹⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 49, NR 239.

¹¹⁸ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 50, NR 240.

¹¹⁹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 50.

¹²⁰ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de

Enfim, a culpabilidade é, para Karl Binding, um juízo de reprovação existencial do indivíduo¹²¹.

3.3 Karl Binding e a retrospectiva panorâmica da culpabilidade

Expõe-se, a seguir, um breve esboço histórico da formação do conceito de culpabilidade.

A concepção do que seria a culpabilidade do autor de um crime foi se desenvolvendo ao longo de séculos, até ser compreendida, hodiernamente, como um juízo de reprovação ao autor de uma conduta. Esse significado de culpabilidade se formou de modo correlacionado ao próprio conceito de crime.

Ainda atualmente, a culpabilidade permanece associada a diversos outros conceitos, tais como imputação, dolo e

culpa *stricto sensu*, imputabilidade, lesividade, nocividade, responsabilidade¹²², censurabilidade, reprovação e atribuíbilidade¹²³. É imprescindível, portanto, que se faça uma resumida incursão histórica sobre o tema¹²⁴, visto que, como afirmado por Liszt, é “pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do direito penal”¹²⁵.

Na antiguidade romana havia, em relação à responsabilização, um juízo único de imputação do resultado ao autor da conduta, desde que

¹²² Segundo Ferrajoli, a responsabilidade é um dado objetivo, a “sujeição jurídica à sanção, como consequência do delito”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 450.

¹²³ O termo ‘atribuíbilidade’ consta de PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 416.

¹²⁴ Em Roque de Brito Alves se encontra um bom resumo desta evolução. ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal**. Parte Geral. Recife: Intergraf, 2004, pp. 30 a 42.

¹²⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal**, tomo I. Campinas: Russell, 2003, p. 260.

Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 48, NR 227.

¹²¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 47, NR212 e p. 222 e NR 29.

voluntária. A culpabilidade significava simplesmente o *dolus malus* (vontade má), sendo que o dolo correspondia à ação consciente - elemento subjetivo - e o *malus* à conduta contrária ao direito - elemento objetivo.

A lógica da reprovação ao indivíduo não residia, então, na culpabilidade como atualmente concebida, mas tinha suas bases em dois únicos conceitos: o livre arbítrio e o castigo¹²⁶.

Na ausência de uma teoria da culpabilidade propriamente dita, a ser associada a esta fase, entendia-se a culpabilidade como uma possibilidade de imputação, ou possibilidade de responsabilização do autor imputável (ressalvada a exclusão dos enfermos mentais e das crianças¹²⁷). Nesta

fase, ainda não se diferenciava a imputação moral da imputação jurídica¹²⁸.

Em 1850 a palavra *imputatio* foi traduzida para o alemão como *Schuld*, que possui dois significados: culpa e dívida. Daí a compreensão do termo imputação, ao mesmo tempo como culpa e como pagamento de pena por retribuição ao crime¹²⁹.

Deve-se ressaltar que o próprio Karl Binding publicou dois livros contendo, em seus títulos, a palavra *Schuld*: em 1877, o *Schuld, Vorsatz, Irrtum* (culpa, intenção, erro), como o volume II de seu *Die Normen und ihre Übertretung*, e, em 1919, a obra *Die Schuld im deutschen Strafrecht* (a culpa no direito penal alemão).

Ainda no século XIX, Carrara formula o crime como ‘ente jurídico’ e a conduta criminosa como aquela referi-

¹²⁶ PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. **Teoria da Imputação Objetiva do Resultado. Uma aproximação crítica a seus fundamentos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 23 a 27.

¹²⁷ Porque lhe falta capacidade de se auto-determinar, isto é, por ausência da capacidade de exercer o livre arbítrio e, conseqüentemente, de ter culpa.

¹²⁸ PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 416.

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 104.

da unicamente à norma positiva¹³⁰ sem, no entanto, deixar de inserir um conteúdo ético ao direito penal¹³¹. Mas a formulação desse autor permite, a partir de então, que se separem rigorosamente as esferas do direito e da moral, visto que “ele não concebe a punição através da sanção penal a partir de critérios metajurídicos. As razões do castigo devem, assim, ser encontradas no próprio ordenamento jurídico positivo¹³²”.

A compreensão do crime como ‘ente jurídico’, permitiu

sua análise sob dois aspectos distintos, o externo, perceptível aos sentidos e regido pela causalidade – objetivo – e o interno, imperceptível – subjetivo – examinado como culpa *lato sensu*.

Essa culpa significava apenas que o agente praticou o ato por sua vontade livre e consciente. Representava, portanto, a vinculação entre o ato e o autor.

Nas palavras de Liszt¹³³: “Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido”. Também nas palavras desse autor: “No direito penal, trata-se somente do fato de incorrer o agente em responsabilidade criminal; a desaprovação da ação ao mesmo tempo pronunciada, o juízo sobre o seu valor jurídico ou moral (acentuado por Merkel) é – em relação àquele fato e portanto à idéia de culpa – circunstância completamente acessória. Segundo o direito atual e abstração feita de algumas exceções esparsas, a culpa supõe:

¹³⁰ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal. Parte General**, Volumen I. Santa Fe de Bogotá; Temis, 1996, pp. 43 a 50.

¹³¹ Como expõe Freitas, “Para Carrara, o fundamento do direito de punir reside na lei divina, eterna”. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As Razões do Positivismo Penal no Brasil**. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2002, p. 68; e CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal. Parte General**, Volumen I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, pp. 12 a 13.

¹³² CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal. Parte General**, Volumen I. Santa Fe de Bogotá; Temis, 1996, p. 45, §§ 23 a 25.

¹³³ O seu Tratado de Direito Penal foi publicado pela primeira vez em 1881.

1º a imputabilidade do agente;

2º a imputação do resultado. Esta se dá: a) quando o resultado foi previsto (dolo, ...); b) quando o resultado não previsto podia sê-lo (culpa em sentido estrito,...)”¹³⁴.

A teoria clássica do delito, hoje denominada causalista, predominante em meados do século XIX, conclui que anti-jurídico é o ato contrário à norma[lei] jurídica¹³⁵, formalmente (contrário ao texto da lei) e materialmente (contrário ao preceito da norma[lei] que, para Liszt, é interesse protegido pela norma[lei], o bem jurídico). Somente afastavam a antijuridicidade material as causas de exclusão (estado de necessidade, legítima defesa...). Com esta última consideração, Liszt identificou a legitimação do direito penal com o seu fim, a tutela dos bens jurídicos. Para ele, o elemento subjetivo reside na culpabilidade (culpa *lato sensu*), razão pela

qual esta teoria, associada à teoria causalista da ação¹³⁶, é denominada de teoria psicológica da culpabilidade.¹³⁷

¹³⁶ Relevante mencionar que, nesta fase predominantemente científica do direito, a busca pelas causas da criminalidade é efetuada por meio de estudos jurídicos, sociológicos e antropológicos, a exemplo do célebre “O Homem Delinquente” de Lombroso¹³⁶. Isto porque, ao afastar o livre arbítrio¹³⁶ e “conceber o direito penal como uma ciência causal-explicativa... a missão fundamental do jurista positivista consistiria em detectar não apenas o que é o crime, mas as causas da criminalidade, de modo a determinar as formas e a intensidade da reação social contra o delinquente”. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As Razões do Positivismo Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 84.

¹³⁷ A teoria psicológica da culpabilidade não resolve o caso do crime culposo – resultado não querido, não esperado e ocorrido – visto que não há qualquer relação psicológica entre a conduta e o resultado, ao menos na mente do agente, que sequer o imaginou. Esta relação é efetuada após o crime, na mente do juiz, que determina que o agente tinha condições de prever o resultado não previsto. Também não soluciona o problema do doente mental, que age com dolo – isto é, com intenção, mas não é culpável. Neste caso, a questão costuma obter duas

¹³⁴ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal**, tomo I. Campinas: Russell, 2003, pp. 259 e 260.

¹³⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal**, tomo I. Campinas: Russell, 2003, pp. 323 a 325.

É nesse contexto que aparece a doutrina de Karl Binding, também subdividindo a ‘ação juridicamente relevante’¹³⁸ em tipicidade objetiva¹³⁹ e subjetiva, ou culpabilidade. A tipicidade objetiva corresponderia à vontade humana transformada em realidade, nele incluídas a intencionalidade, a causalidade e a antijuridicidade. A tipicidade subjetiva, ou culpabilidade¹⁴⁰, caracterizar-se-ia, justamente, pela normatividade, visto que exige-

respostas: ou se afirma que a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade; ou se afirma que houve crime, mas não se aplica pena, em razão da inimputabilidade. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIETRANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 447.

¹³⁸ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 44.

¹³⁹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp.37 a 42.

¹⁴⁰ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 43 a 50.

ria o conhecimento do preceito contido na norma e a capacidade de determinar-se de acordo com o preceito.

Vê-se que a tipicidade subjetiva de Karl Binding não se equivale à culpa de von Liszt, definida como a responsabilidade pelo resultado produzido, em sua teoria psicológica da culpabilidade. Ao contrário, é uma culpabilidade normativa, aproximando-se muito da teoria psicológico-normativa de Reinhart Frank e, mais ainda, da teoria normativa da culpabilidade adotada pela teoria finalista da ação.

No início do século XX surgem diversas críticas à teoria da causalidade da ação defendida pelo direito penal clássico, que, como visto, definia a culpabilidade como elo subjetivo causal, restrito a uma relação psíquica existente entre o autor do fato e o resultado.

O neokantismo representou um retorno à idéia do livre arbítrio, negação do causalismo/determinismo científico¹⁴¹. Portanto, havendo livre

¹⁴¹ Kant: “o homem possui a capacidade de determinar-se por si, independentemente da coação dos

arbítrio, há possibilidade de escolhas pelo homem, daí a culpabilidade – no sentido de possibilidade de responsabilização decorrente da reprovabilidade - conter, também, a inexigibilidade de conduta diversa.

As principais críticas efetuadas à teoria causalista da ação foram formuladas por Max Ernest Mayer e por Reinhart Frank, nos seguintes termos:

(i) a própria definição de ação contrária ao direito (que se denominava ‘antijuridicidade’) como ato contrário à norma jurídica, seria um simples raciocínio tautológico, vazio do ponto de vista subjetivo¹⁴². Isso porque a antijuridicidade seria apenas uma ação contrária à norma, sem causas de justificação ou de exculpação, como a legítima defesa¹⁴³;

impulsos sensíveis. KANT, Immanuel. **Critique of Pure Reason**. Londres: Macmillan, 1978, p. 562.

¹⁴² MAYER, Max Ernest. **Derecho Penal. Parte General**. Montevideo: Buenos Aires, B de F, 2007, p. 217.

¹⁴³ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpa-**

(ii) o fato de se evidenciarem elementos valorativos nos tipos penais (“com intenção de...”, “com o fim de...”) considerados irrelevantes para a teoria causalista, que reduzia a antijuridicidade à subsunção da conduta a uma moldura – a conduta prevista na norma. A necessidade de analisar a “intenção” do agente era, segundo os neokantianos, incompatível com esta simples subsunção lógica. Como exposto, Karl Binding afirmava que a antijuridicidade não era apenas formal, mas também material, significando uma contrariedade ao preceito, de acordo com a Teoria das Normas¹⁴⁴. Mayer, neokantiano, teceu críticas ao positivismo informando que a contraposição ao preceito não poderia ser resultado da simples subsunção da conduta à norma, dando como exemplo o professor que castiga excessivamente o aluno (ação antijurídica), instigado por duas

bilidad. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004, p. 31.

¹⁴⁴ ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal**. Parte Geral. Recife: Intergraf, 2004, p. 79.

possíveis intenções distintas: seja para efetivamente corrigi-lo, ou somente para vingar-se do pai do menino, seu desafeto¹⁴⁵;

(iii) a dificuldade em situar a culpabilidade na teoria da ação, diante da constatação de que o direito penal não é objeto da natureza e sim objeto cultural. A solução possível, para os neokantianos, foi o retorno ao livre arbítrio e, conseqüentemente, a inserção, na culpabilidade, da possibilidade de escolha do homem entre as opções disponíveis¹⁴⁶.

¹⁴⁵ MAYER, Max Ernest. **Derecho Penal. Parte General**. Montevideo: Buenos Aires, B de F, 2007, pp. 221, 233 e 234.

¹⁴⁶ O exemplo é retirado do tribunal alemão que, no século XIX, julgou um cavaliário que utilizou cavalo de caça em charrete, por ordem do patrão que ameaçou demiti-lo, mesmo sabendo que o animal não obedeceria às rédeas. Houve lesão grave no próprio cavaliário, nos passageiros e em terceiros transeuntes. Como o cavaliário não pôde optar, sob ameaça de demissão, foi inocentado (FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires, Julio César Faira, 2004, pp. 42 e 43). Também há o exemplo da eutanásia, relativamente ao erro de

A ‘culpa *lato sensu*’ deve, portanto, considerar a consciência da ilicitude e a possibilidade de se exigir uma conduta diversa, que Frank chamou de “circunstâncias concomitantes”¹⁴⁷.

Como explica Zaffaroni, para o positivismo, a constatação da ação causal era avaliativa¹⁴⁸. Já para o neokantismo (de Max Ernest Mayer e de Reinhard Frank), a tipicidade era um juízo de desvalor provisório, indicador de anti-

proibição (FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004, pp. 52 e 56).

¹⁴⁷ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Euros Editores, 2004, p. 17.

¹⁴⁸ Os críticos do positivismo são contundentes no sentido de ele ter desprovido o direito de qualquer valoração ética, como exposto por Zaffaroni: “algo completamente oco do ponto de vista metafísico ou ideológico. Isto não quer dizer que o positivismo tenha uma ideologia, nem que veicule uma metafísica particular, e sim que debilita todas elas, ao mesmo tempo facilitando a entrada de qualquer uma”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 266.

juridicidade (a fumaça seria a tipicidade, e o fogo a antijuridicidade¹⁴⁹).

Verifica-se que, no neokantismo, é formulado um conceito mais claro de culpabilidade, que passa a significar reprovabilidade¹⁵⁰, decorrente da conexão do autor com a tipicidade (a ação causal) e da verificação da ilicitude em termos subjetivos (antijuridicidade da ação).

A conexão do autor com a tipicidade explicaria ‘por que’ ele agiu (causa ou motivo da conduta, que seria um sentimento), e a conexão do autor com a ilicitude (antijuridicidade) explicaria ‘para que’ ele agiu (a finalidade da conduta, em termos de resultado representado ou não representado) e tornaria a ação reprovável.

Há, em Mayer, excelente nota de rodapé¹⁵¹, que explicita ser o dolo o resultado representado e querido; o dolo eventual, o resultado representado e não querido; a culpa (*stricto sensu*), o resultado não representado e não querido; e, por fim, explicando ser inadmissível a possibilidade de resultado não representado e querido. Nesse mesmo sentido afirmou Karl Binding, quando ensinou que o querer inconsciente não é objeto do direito¹⁵².

Esta teoria neokantiana de delito é ligada à teoria psicológico-normativa da culpabilidade, que manteve o dolo e a culpa na culpabilidade, embora possibilitando um juízo de valoração sobre ambos.

Ressalte-se que, para Karl Binding¹⁵³, o dolo e culpa, e

¹⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 397.

¹⁵⁰ MAYER, Max Ernest. **Derecho Penal. Parte General**. Montevideo: Buenos Aires, B de F, 2007, p. 141.

¹⁵¹ MAYER, Max Ernest. **Derecho Penal. Parte General**. Montevideo: Buenos Aires, B de F, 2007, NR 54 da p. 139.

¹⁵² KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 39.

¹⁵³ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 37 a 43.

inclusive o ‘*dolus malus*’ (a anti-juridicidade da conduta), situam-se na tipicidade objetiva, enquanto a reprovabilidade situa-se na tipicidade subjetiva, normativa.

Em sua teoria da ‘capacidade delitual’, Binding associa o crime ao “poder de conhecer a natureza do ato em relação à norma e mantê-lo em harmonia com a mesma”¹⁵⁴. Estavam firmados, assim, os fundamentos da exigência da ‘potencial consciência da ilicitude’ e da ‘inexigibilidade de conduta diversa’ para caracterização da culpabilidade.

Para o finalismo, se as ações humanas são causais, também o são todas as ações da natureza. A diferença específica entre a ação do homem e a do animal, seria, então, a finalidade. “As forças da natureza atuam cegamente, só a conduta humana vê”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 46.

¹⁵⁵ PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 157.

Logo, o homem, por ter consciência das causas e dos efeitos de suas ações, pode orientar seus atos a fim de obter o resultado desejado¹⁵⁶. Assim, querendo o resultado, o sujeito elege “fatores causais necessários”¹⁵⁷ à sua realização, donde se conclui que o dolo está inserido na própria conduta humana¹⁵⁸. Na culpa¹⁵⁹ o agente não age com a finalidade de obter o resultado, mas atua com negligência, imprudência ou imperícia.

¹⁵⁶ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 39.

¹⁵⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 25.

¹⁵⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26.

¹⁵⁹ Em vista de o delito do art. 1º da Lei nº 8.137/1990, só admitir a modalidade dolosa, deixamos de expor, neste projeto, a culpa segundo a teoria finalista da ação. No entanto, ela é considerada não como uma reprovação aos fins pretendidos pelo sujeito, mas aos “meios que o agente elegeu para a consecução de seus fins”. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 27.

Note-se que concepção finalista da ação, formulada por Hans Welzel já havia sido implicitamente realizada por Karl Binding, ao inserir, na tipicidade objetiva, a ‘vontade juridicamente relevante’, isto é, consciente e determinada a alcançar o resultado previsto¹⁶⁰.

Como consequência, a ação adquire um valor a ser julgado, a finalidade. Dolo e culpa¹⁶¹ saem da culpabilidade e são alocados na conduta típica, de modo que o dolo conforma-se ao dolo natural, dissociado da noção de livre arbítrio.

¹⁶⁰ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 37,39 e 44.

¹⁶¹ Critica-se o finalismo por não se reconhecer, no tipo culposo, a finalidade da conduta. Para Zaffaroni, em toda conduta há uma vontade, e em toda vontade há uma finalidade. Logo, no tipo culposo, o que se indica é a forma como se obtém a finalidade, violando-se um dever de cuidado – por imprudência, negligência ou imperícia. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 437.

A possibilidade de escolha do homem é vinculada à culpa *lato sensu*, meramente normativa (exigibilidade de conduta diversa diante da potencial consciência de ilicitude), visto que a culpabilidade subjetiva, o dolo e a culpa *stricto sensu*, estão na ação, como elementos subjetivos do tipo. Somente a partir desse momento a culpabilidade passou a significar juízo de reprovabilidade¹⁶².

Logo, ao direito só caberia determinar ou proibir uma conduta final. Com o finalismo, a própria configuração do crime passa a requerer elementos objetivos e subjetivos. Como a subjetividade da conduta – dolo ou culpa – é inserida na própria ação, a verificação da reprovação se resume a constatar se é possível, ao autor, comportar-se de outro modo, diante da consciência, ainda que potencial, da ilicitude da ação. Esse modo de formar o juízo de reprova-

¹⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 520.

ção do agente é denominado de teoria normativa pura da culpabilidade.

Deve-se reconhecer que este delineamento dos elementos caracterizadores do crime constou da estrutura bi-partida da tipicidade – objetiva (ação dolosa ou culposa e antijurídica) e subjetiva (culpável ou reprovável) – de Karl Binding.

Ocorre que a doutrina atribui primordialmente a Hans Welzel a identificação da culpabilidade normativa, como nas palavras de Santiago Mir Puig:

“O ponto de partida do finalismo é a superação do subjetivismo epistemológico característico do neokantismo da Escola Sudocidental alemã, através do reconhecimento de que o mundo empírico encontra-se ordenado previamente ao conhecimento humano. Não é o homem, com o uso de suas categorias mentais, que determina a ordem do real, senão que ele se encontra diante de uma ordem objetiva que corresponde a certas ‘estruturas lógico-objetivas’ (não subjetivas). Com isso, admite-se o novo ponto de vista objetivista reinstituído pela feno-

menologia de Husserl. Pois bem, daí deduz Welzel que a ação é um conceito pré-jurídico, existente antes da valoração humana e por isso precedente à valoração jurídica. A análise de tal conceito mostra que o que possui de específico não é a causalidade, mas a finalidade (isto é, o conduzir-se intencionalmente a uma meta previamente eleita), porque as forças da natureza também operam causalmente. Só a ação humana é ‘vidente’ (vê para onde tende a finalidade perseguida), ao contrário dos demais processos naturais, que atuam de modo ‘cego’. A ação humana se caracteriza, pois, por ser o ‘exercício de atividade final’¹⁶³.

Seja para o neokantismo, seja para o finalismo, e em especial com Karl Binding, a culpabilidade se mantém como um juízo de reprovação do autor do crime e possui como pressupostos a existência do livre-arbítrio humano e a li-

¹⁶³ PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 156 e 157.

berdade de escolha – reconhecidos desde os gregos e reintroduzidos pelo neokantismo, – a capacidade – reconhecida desde os romanos –, bem como a possibilidade de consciência da proibição – também enfatizada pelo neokantismo.

3.4 Karl Binding e a culpabilidade na dogmática penal brasileira atual

Analisa-se, por fim, a culpabilidade, como afirmada pela dogmática jurídica penal brasileira atual, fruto do longo desenvolvimento anteriormente exposto, e que considera o delito, do ponto de vista formal, como um fato típico, antijurídico e culpável.

Fato típico por estar descrito numa lei penal. Antijurídico porque contrário ao direito. Culpável por haver um juízo de reprovação associado à conduta praticada¹⁶⁴. Ob-

serve-se que, enquanto a verificação do fato típico e antijurídico atém-se à conduta¹⁶⁵ do sujeito, a constatação da culpabilidade exige um juízo de valor sobre o autor da ação.

No caso sob exame, o art 1º da Lei nº 8.137/1990, a conduta deve ser dolosa¹⁶⁶.

de Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 171; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 275; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 9. ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal.** Recife: Inojosa, 1977, p. 279; PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 149.

¹⁶⁵ Conforme Hans Welzel, por ter consciência das causas e dos efeitos de suas ações, o homem pode orientar seus atos a fim de obter o resultado desejado. Assim, querendo o resultado, o sujeito elege fatores causais necessários à sua realização, donde se conclui que o dolo está inserido na própria conduta humana. Welzel, Hans. **Derecho Penal Alemán.** Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 39.

¹⁶⁶ O crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 é doloso. “*El dolo requiere conocimiento y aceptación del significado de la acción y de sus resultados*”. ACOSTA, Eugenio Simón. **El Deli-**

¹⁶⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 10 a14; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1991, p. 82; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual**

Ressalte-se ainda que a aproximação ao crime faz-se de forma necessariamente sucessiva, ou seja, a antijuridicidade é apreciada se configurado o fato típico; a culpabilidade só é avaliada se típico e antijurídico o fato.

Ao lado dessa exposição, vão sendo acrescentados os pensamentos de Karl Binding, para ao fim se concluir, como concluiu Armin Kaufmann, que a Teoria da Norma é, em essência, uma Teoria do Crime e que contempla, em sua completude doutrinária, a culpabilidade.

É necessário lembrar que Karl Binding localizou, como faziam os clássicos, a culpabilidade na ação, como elemento subjetivo do tipo, mas, diferentemente da teoria psicológica da culpabilidade, a distinguiu do dolo.

De início, resalte-se que, seja na Teoria da Norma¹⁶⁷ de

Karl Binding, seja no *Derecho Penal Alemán*, de Hans Welzel¹⁶⁸, a dogmática jurídica atual não confunde a culpabilidade – elemento do crime – com a culpabilidade ‘circunstância judicial’ (ao lado dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente), critério de fixação da pena-base previsto no art. 59 do CP. Em ambas as acepções, a culpabilidade significa um juízo de reprovação ao autor do crime. Ocorre que, no primeiro sentido, a culpabilidade é a base de um princípio orientador segundo o qual não há crime sem culpa, *nullum crimen sine culpa*. No segundo sentido, serve à medição da pena.

Ademais, distingue-se a antijuridicidade da culpabilidade porque, na ausência da primeira, há uma justificação para a conduta (um direito ou um dever reconhecidos por todo o ordenamento jurídico) e, na falta da segunda, há apenas uma exclusão da reprova-

to de Defraudación Tributaria. Navarra: Aranzadi, 1998, p. 84.

¹⁶⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica.** Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, que expôs a doutrina de Karl Binding, produzida entre 1872 e 1929.

¹⁶⁸ WEZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** Santiago: Jurídica de Chile, 1997, cuja primeira edição foi publicada em 1946.

ção penal. Em termos práticos, a viúva daquele que agrediu injustamente e morreu em consequência de uma ação em legítima defesa não pode reclamar ao autor indenização alguma, mas a viúva daquele que foi morto por um louco tem direito a fazê-lo, porque neste caso há um injusto¹⁶⁹.

Também Karl Binding definiu a antijuridicidade como a incompatibilidade com o direito, ou a violação do direito¹⁷⁰. Para esse autor, as exclusões de antijuridicidade decorriam de regras de exceção, justificadoras da conduta, por estarem estabelecidas em normas[leis] que preveem um direito ou um dever reconhecidos por todo o ordenamento jurídico, como ocorre com a hipótese de legítima defesa¹⁷¹.

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 518.

¹⁷⁰ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 41 e 42.

¹⁷¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 42 e 43.

A culpabilidade, como adotada pelo Código Penal brasileiro, é puramente normativa, definida como “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 contrariamente ao direito”¹⁷². Nesse sentido, ensina Cláudio Brandão que a culpabilidade é confirmada por ter o agente “escolhido se comportar contrário ao direito, quando podia se comportar conforme o direito”¹⁷³.

É, assim, um dos elementos do crime, conforme fórmula:

“...podemos definir al delito como la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la

¹⁷² MAURACH, Reinhart. **Tra-tado de Derecho Penal**, T. II. Barcelona: Ariel, 1962, p. 14.

¹⁷³ BRANDÃO, Cláudio. **Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal nº 15. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 224.

*imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra...*¹⁷⁴.

Logo, a culpabilidade é um juízo derivado, pois é necessário que haja, primeiramente, uma ação típica e anti-jurídica, para que haja, depois, apreciação de culpabilidade¹⁷⁵.

Como expõe Córdoba Roda, as bases para o juízo de reprovação são normativas:

“a) la imputabilidad del agente; b) el conocimiento de la significación antijurídica del acto, como exigencia intelectual distinta a la representación de la realización del hecho típico – o en términos más exactos, de la parte objetiva de un tal hecho - ;

*c) la ausencia de causas de inculpabilidad*¹⁷⁶.

Note-se que a caracterização da culpabilidade exige, para Karl Binding, a capacida-

de de conhecer a norma[preceito], a capacidade de conhecer os fatos que se apresentam e de associar esses fatos à norma[preceito], ou capacidade de cumprir o dever.

Em suma, o indivíduo, frente a uma situação concreta, deve ser capaz de deduzir a norma[preceito], isto é, deve possuir a capacidade de conhecer o dever¹⁷⁷ e, aditivamente, deve poder transformar o conhecimento da proibição em diretriz do comportamento, no que Karl Binding denominou de capacidade de “subsunção das decisões à norma”¹⁷⁸.

A adoção da teoria normativa da culpabilidade implica a inserção do dolo e da culpa na conduta, tornando inadmissível a responsabilização penal objetiva¹⁷⁹, decor-

¹⁷⁴ CONDE, Francisco Muñoz. **Teoría General del delito**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 21.

¹⁷⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Forense: Rio de Janeiro, 2008, p. 201.

¹⁷⁶ RODA, Juan Córdoba. **Culpabilidad y Pena**. Barcelona: Bosch, 1977, p. 18.

¹⁷⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 217

¹⁷⁸ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 49.

¹⁷⁹ RODA, Juan Córdoba. **Culpabilidad y Pena**. Barcelona:

rente de causalidade entre ação e resultado. Não requer, no entanto, “*la existencia de sentimiento o vivencia alguna de culpabilidad en el sujeto, entendida como juicio de reproche que el propio agente se hace a sí mismo*”¹⁸⁰.

Nesse sentido, é irrelevante, como ensina Karl Bin-

Bosch, 1977, p. 19. O autor questiona se os crimes preterintencionais e os qualificados pelo resultado seriam casos de imputação objetivo pelo resultado. No direito brasileiro não há tal possibilidade, uma vez que nesses crimes exige-se que haja culpa quanto à ação relacionada ao resultado consequente (havendo dolo quanto à ação referente ao resultado antecedente).

¹⁸⁰ RODA, Juan Córdoba. **Culpabilidad y Pena**. Barcelona: Bosch, 1977, p. 25. Às fls. 26 e 27 da mesma obra, Córdoba Roda informa que a ausência de sentimento de auto-reprovação, isto é, de culpabilidade, pode se explicar pela cultura do grupo social ao qual pertence o indivíduo, que formam suas crenças e costumes. Também pode decorrer das condições pessoais do agente, para quem, conforme seu ponto de vista, a conduta delituosa é a única solução possível. Por fim, pode resultar da natureza aparentemente neutra, do ponto de vista ético, de certas condutas que aparentemente não causam dano, como dirigir sem habilitação regular, e casos de crimes de perigo abstrato.

ding se o conhecimento da norma[proibição], pelo indivíduo, decorre de um sentimento interno de justiça, ou se resulta da adesão voluntária ou forçada à vontade do legislador ou do Estado¹⁸¹.

Esse posicionamento do autor é coerente com a mais atualizada doutrina, pois, como esclarece Ferrajoli¹⁸², tra-

¹⁸¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 219. É necessário, neste ponto, esclarecer que a norma de dever não tem por finalidade atingir a consciência do indivíduo em termos de sua “*pureza interior*”, mas sim em termos de sua “*conducta exterior*”. Segue, assim, Goldschmidt, o entendimento de que é irrelevante, do ponto de vista penal, a consciência ética kantiana, inclusive citando Schiller e sua crítica ao imperativo categórico: ‘de boa vontade sirvo aos amigos. Mas, que lástima, o faço por afeto a eles. Não me sinto, portanto, um homem virtuoso. Devo deixar de apreciá-los para, só então, fazer, ainda que contrariado, o que manda o dever’. GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa da la Culpabilidad**. Buenos Aires: B de F, 2002, pp. 91 e 92. O trecho é citado em tradução livre.

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 847. Apesar de

tam-se de questões de cunho político, como a existência, por parte do agente, de repúdio à norma penal, caso em que ocorre a ‘autoria por consciência’ ou ‘autoria por consciência dissidente’. Nessas hipóteses, o autor “sente a necessidade de cometer o injusto em virtude de um imperativo de consciência, isto é, como um dever moral”¹⁸³.

A ausência do conhecimento do ilícito afasta ou reduz a censura ao agente do delito. Em leitura à obra de Hans Welzel, mais precisamente em seu “*Derecho Penal Alemán*”, identifica-se, claramente, a influência da teoria finalista da ação sobre a teoria do crime adotada pelo Código Penal, visto que em seus artigos 20 e 21 constam as duas modalidades de erro, ‘erro de

tipo’ e ‘erro de proibição’, como compreendidos pelo autor:

*“El error de tipo es el error sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo legal: excluye el dolo de la realización típica... Error de prohibición es el error sobre la anti-juridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo”*¹⁸⁴.

A consciência da antijuridicidade é a possibilidade de entendimento da ilicitude do fato e:

*“integra, así, el núcleo de reproche de la culpabilidad, pues la decisión de cometer el hecho en pleno conocimiento de la norma jurídica que lo prohíbe, caracteriza de la forma más inequívoca la falta de actitud jurídica que grava al autor”*¹⁸⁵.

Distingue Antolisei a ignorância do erro. A primeira seria a “*assoluta mancanza di conoscenza in ordine a un oggetto... Como tale, l'ignoranza ha carattere negativo*”. Já o erro “*è quid positivo, in quanto implica un certo*

reconhecer que “as normas jurídicas comportam – enquanto tais – a obrigação jurídica de serem observadas”, entende que disto não deriva a conclusão de que correspondem a um dever moral.

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 531.

¹⁸⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Jurídica del Chile, 1997, p. 196.

¹⁸⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1981, p. 622.

convincimento”¹⁸⁶. Conclui ensinando que a ignorância que interessa ao direito é aquela que determina um erro¹⁸⁷.

Como já citado neste artigo, o conceito de consciência da antijuridicidade, para a teoria finalista da ação, adotada pelo direito pátrio, também a associa ao erro de proibição, conforme palavras de Welzel “*Error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo*”¹⁸⁸.

Para Zaffaroni, a consciência da antijuridicidade decorre do erro de proibição, aquele que recai sobre a compreensão da antijuridicidade da conduta¹⁸⁹. Em Roxin há,

igualmente, menção à exclusão da culpabilidade em face de o agente se encontrar em “erro de proibição inevitável, ou seja, quando é considerado, sem culpa, que seu fato ilegal é autorizado”¹⁹⁰.

Entre os clássicos, cita-se Carrara, que já mencionava a consciência da ilicitude, ainda que a inserisse no dolo, e não na culpabilidade:

“*La fuerza moral del delito, considerada en su causa (o sea en su fuerza moral subjetiva), es lo que constituye la moralidad de la acción. Esta no se obtiene sino con el concurso de cuatro requisitos...: 1º conocimiento de la ley; 2º previsión de los efectos; 3º libertad de elegir; 4º voluntad de obrar*”¹⁹¹.

Nesse mesmo contexto, transcreve-se Liszt, que não reconhecera o erro relativo à ilegalidade da ação: “A suposição errônea de que a ação objetivamente ilegal, é legal,

¹⁸⁶ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1969, p. 319.

¹⁸⁷ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1969, p. 319. No original: “*l'ignoranza che interessa il diritto è quella che determina un errore*”.

¹⁸⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Juridica del Chile, 1997, p. 196.

¹⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 547.

¹⁹⁰ ROXIN, Claus, ARZT, Gunther, e TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 25.

¹⁹¹ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal. Parte General**, Volumen I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, p. 70.

não aproveita ao agente; não tem influência o erro sobre o preceito imperativo ou proibitivo em que assenta a lei penal”¹⁹².

Sabe-se que o Código Penal brasileiro não segue a teoria causalista da ação, prevalecendo a teoria finalista e a necessidade de aferir se a culpabilidade do agente. Ocorre que, regra geral, quem realiza um tipo penal, dolosamente, conhece a ilicitude de seu proceder, em especial se o bem jurídico ferido ou ameaçado é considerado fundamental para o indivíduo e para a vida em sociedade.

Como expõe Muñoz Conde, o “*conocimiento de la antijuricidad no es un elemento superfluo de la culpabilidad sino, al contrario, un elemento principal y el que le da su razón de ser*”¹⁹³. Também neste sentido afirma Mir Puig: “Existe amplo acordo na doutrina atual em requerer para a existência de um delito que o sujeito saiba ou

possa saber que o fato que praticou encontra-se proibido pela lei”¹⁹⁴.

Em que pese ser pacífico que a consciência da ilicitude não exige seu conhecimento efetivo, apenas potencial, é preciso investigar qual o objeto deste conhecimento.

Discute-se, assim, se a ilicitude deve ser considerada em seu aspecto formal – a ignorância ou a má interpretação da lei penal¹⁹⁵ que atribui ao fato a antijuridicidade, e que correspondia ao erro de direito previsto no art. 16 do Código Penal anterior¹⁹⁶ – ou em seu aspecto material – o conhecimento do caráter anti-social da ação, ou erro de proibição.

Por se considerar o conhecimento integral da lei uma ficção jurídica não realizada no mundo concreto, entende-se que a culpabilidade somente pode ser compreendida do

¹⁹² LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal**, tomo I. Campinas: Russell, 2003, p. 288.

¹⁹³ CONDE, Francisco Muñoz. **Teoría general del delito**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 161.

¹⁹⁴ 194 PUIG, Santiago Mir. **Di-
reito Penal. Fundamentos e Teo-
ria do Delito**. São Paulo: Revista
dos Tribunais, 2007, p. 433.

¹⁹⁵ Art. 3º DL 4.657/1942 (LICC).

¹⁹⁶ O erro de direito não eximia de pena.

ponto de vista da consciência ética¹⁹⁷, pelo que se pressupõe que o homem traz consigo a possibilidade de distinguir o bem do mal¹⁹⁸ no âmbito da finalidade de sua ação¹⁹⁹.

Ressalte-se também que, como explica Cláudio Brandão:

“a consciência da antijuridicidade ... não precisa ser atual, bastando que ela seja potencial. Isso significa que não é necessário, para que surjam seus efeitos jurídicos no âmbito da culpabilidade ..., que ela realmente esteja presente no indivíduo; basta que o sujeito tenha tido condições

de auferi-la em seu convívio social”²⁰⁰.

No entanto, a doutrina reconhece graus de culpabilidade, em função da possibilidade de o sujeito, no caso concreto, atingir a consciência da ilicitude. Quanto a este aspecto da consciência da antijuridicidade, Zaffaroni explica que “quanto maior for o esforço que o sujeito deva fazer para internalizar a norma, menor será a reprovabilidade de sua conduta, e vice-versa”²⁰¹.

Para Zaffaroni, o que se requer é a “possibilidade do conhecimento denominada ‘valoração paralela na esfera do profano’ que é a possibilidade de conhecimento análogo ao efetivamente requerido a respeito dos elementos normativos dos tipos penais”²⁰²,

¹⁹⁷ Há outras teorias, que fundam a consciência da ilicitude no ‘agir comunicativo’, conforme CAMARGO, Chaves de. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

¹⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade.Culpa.Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 194. e BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Forense: Rio de Janeiro, 2008, p. 214.

¹⁹⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Jurídica del Chile, 1997, p.77.

²⁰⁰ BRANDÃO, Cláudio. **A Consciência da Antijuridicidade no Moderno Direito Penal**. Revista de Informação Legislativa, ano 34, nº 136. Brasília, out-dez 1997, p. 56.

²⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 533.

²⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasilei-**

parafraseando Mezger²⁰³ .. O autor cita, neste sentido, a culpabilidade do estudante que se apropria de livro de livraria comercial, com a intenção de devolvê-lo após leitura, acreditando não ser punível o furto de uso²⁰⁴, embora saiba incorrer em ilicitude no âmbito da lei civil.

Vê-se que os ensinamentos de Karl Binding se conformam à dogmática penal brasileira, tendo mesmo sido determinante na formação do conceito de culpabilidade, visto que o conhecimento dos

deveres jurídicos – que para o autor são reflexos dos preceitos proibitivos que são, em última instância, as normas – é absorvido pelo indivíduo “como o ar que respira”²⁰⁵.

É necessário, ademais, que a consciência da ilicitude seja anterior à ação, razão pela qual não há como aferir culpabilidade mediante o conhecimento posterior do caráter ilícito da conduta.

Dessa forma, o erro decorrente do desconhecimento da ilicitude do fato efetivamente ocorrido, caracteriza o erro de proibição, que poderá afastar ou atenuar a culpabilidade, subsistindo o dolo, como previsto no art. 21 do CP: “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”. É evitável, inescusável ou vencível, e consequentemente reprovável, o erro em que se pode exigir que o autor o supere, no sentido

ro, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 533.

²⁰³ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 222, NR. 30.

²⁰⁴ Mas, como já explicara Antolisei, nos casos em que a elementar do tipo não é alterada pelo erro, permanece a culpabilidade. Assim, “*l'errore sulla legge extrapenale per avere efficacia esimente deve aver determinato un errore sul fatto che costituisce il reato*”, de modo que se o indivíduo furta livro de livraria, acreditando que ele pertence à biblioteca, não há erro escusável, visto que em ambos os casos o objeto furtado é alheio. ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1969, p. 328.

²⁰⁵ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 47, NR 221.

da ‘valoração paralela na esfera do profano’ já anteriormente mencionado. Seria invencível o erro de alguém “sequestrado durante um longo período de tempo não pode saber que, durante seu sequestro, introduziu-se um novo delito, vindo a cometê-lo quando liberado”²⁰⁶.

Nesse mesmo sentido já ensinava Karl Binding, para quem, nos delitos dolosos, a consciência da ilicitude é aferida *hic et nunc*, isto é, no momento em que o indivíduo pratica a conduta. Culpável é, portanto, quem possui a capacidade de adquirir a consciência atual da norma[preceito]²⁰⁷.

Como expõe Cláudio Brandão, o erro de proibição pode ocorrer nas modalidades direta, indireta ou mandamental. No erro de proibição direto, o agente “atua sem saber que sua conduta é ilícita, por não compreender o conteúdo

da proibição da norma, ou por compreendê-la mal”²⁰⁸. No erro de proibição indireto, o sujeito “conhece o conteúdo da proibição da norma, porém pensa que sua conduta está acobertada por uma causa de exclusão de antijuridicidade”²⁰⁹ inexistente juridicamente. Já o erro mandamental é a falta de consciência da ilicitude em relação a uma norma imperativa, abrangendo os crimes omissivos próprios e os impróprios²¹⁰.

Lembre-se que a dogmática atual se faz valer da classificação das normas[preceitos] como formuladas por Karl Binding, que as distinguiu como afirmativas, podendo

²⁰⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Forense: Rio de Janeiro, 2008, p.250.

²⁰⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Forense: Rio de Janeiro, 2008, p. 251. Cita, como exemplo, o caso do marido traído que acredita poder matar a esposa acobertado por legítima defesa de honra, em razão de viver em comunidade extremamente machista e pouco civilizada.

²¹⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Forense: Rio de Janeiro, 2008, p. 253.

²⁰⁶ PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 420.

²⁰⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 217.

ser imperativas (preceito proibitivo²¹¹) ou concessivas (preceito de determinação²¹²), ou como negativas, que contêm preceitos jurídicos negativos²¹³.

Diferente tratamento é dado ao erro de tipo. Como consta do texto original da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal²¹⁴, no Brasil foi adotada a ‘teoria limitada da culpabilidade’. De acordo com essa teoria, o erro quanto às circunstâncias que envolvem o fato efetivamente ocorrido, caracterizará o erro de tipo – que exclui o dolo – nos termos do *caput* do art. 20 do CP: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a

punição por crime culposos, se previsto em lei”.

Assim, se alguém atira em homem, durante caçada, por confundi-lo com um animal, incorre em erro de tipo. Em suma, o erro de tipo invencível elimina a tipicidade; o erro de tipo vencível pode dar lugar ao crime culposos, se previsto nesta modalidade. Subdivide-se o erro de tipo em erro essencial – que exclui o caráter criminoso da ação, como no exemplo acima – e em erro acidental – que mantém a adequação típica²¹⁵.

Se o erro ocorrer quanto às circunstâncias que envolvem o fato, tal como quando o indivíduo percebe que há um fato ocorrendo, mas este fato se apresenta, para o sujeito, diferentemente do fato efetivamente em ocorrência, restará caracterizado igualmente o erro de tipo, que exclui o dolo.

Nas palavras de Zaffaroni, “a compreensão da antijuridicidade pertence ao tipo

²¹¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 139.

²¹² KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 23 a 25 e 139.

²¹³ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 25.

²¹⁴ Publicada no Diário do Congresso, Seção II, de 29/03/1984.

²¹⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Forense: Rio de Janeiro, 2008, p. 245.

quando provém do conhecimento da ausência de uma situação de justificação”²¹⁶. Tal erro, denominado pela doutrina de ‘descriminante putativa’ ou ‘imaginária’²¹⁷, está previsto no parágrafo primeiro do art. 20 do CP, nos seguintes termos: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

Tome-se o exemplo do soldado que, no campo de batalha, imaginando que o vulto que se aproxima é o inimigo, mata aliado que retorna ao local por haver conseguido fugir do inimigo²¹⁸. Esse erro, se invencível, afasta

o dolo e a culpa; se vencível, afasta o dolo, permanecendo a culpa.

O afastamento do dolo da conduta, em razão de o indivíduo imaginar-se justificado por uma causa de exclusão de antijuridicidade – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito – é criticado por Zaffaroni, para quem a teoria limitada da culpabilidade não esclarece como alguém, “agindo na crença de que se encontra numa situação de legítima defesa, desfere cinco tiros para matar outro, atua sem dolo”²¹⁹. Haveria, segundo o autor, um erro de proibição, como defendido pela teoria estrita da culpabilidade²²⁰ que, no entanto, não foi adotada pelo Código Penal brasileiro.

²¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 530.

²¹⁷ ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal. Parte Geral**. Recife: Intergraf, 2004, p. 236.

²¹⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Forense: Rio de Janeiro, 2008, p. 220.

²¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 530.

²²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 550.

Esses aspectos da culpabilidade foram examinados por Karl Binding, quando afirmou que a reprovação decorria, também, da capacidade de subsunção dos fatos à norma[preceito]²²¹. No entanto, o autor não distinguiu o erro de proibição do erro de tipo, por entender que ambos afastariam a capacidade delitual²²². Para ele, vale a teoria estrita da culpabilidade, no sentido de que ao se imaginar, indevidamente, diante de uma causa de justificação, o indivíduo age com culpa por ter transgredido o dever de não fazer algo, que lhe era conhecido²²³.

Esse é, talvez, o único aspecto da culpabilidade em que a Teoria da Norma de Karl Binding diverge da dogmática penal brasileira, que, como

visto, trata a suposição equivocada de existência de causa de justificação – os casos de discriminantes putativas – como erro de tipo.

O Código Penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade em razão de sua adequação à teoria dos elementos negativos do tipo.

Como expõe Mir Puig, o tipo penal ‘total’ é composto por uma parte positiva – a norma proibitiva – à qual se deve adicionar a parte negativa do tipo – uma causa de exclusão de antijuridicidade. Logo, na presença da legítima defesa, ou do estado de necessidade, por exemplo, ainda que imaginários (putativos), o tipo ‘total’ não se perfaz, pois a “existência de causas de justificação (reais ou imaginárias) exclui a presença da hipótese de fato antijurídico”²²⁴.

Para a teoria tradicional, ao contrário, a causa de exclusão de antijuridicidade não apaga ou elide o tipo, apenas o

²²¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 49.

²²² KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 50.

²²³ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 48, NR 227.

²²⁴ PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 390.

justifica, tratando-o como ‘conduta típica justificada’.

Nesse sentido entende Karl Binding que as excludentes de ilicitude – como a legítima defesa – significam regras de exceção, como ocorre com a hipótese de legítima defesa²²⁵.

Por acomodar-se à teoria dos elementos negativos do tipo, que foi a adotada pelo Código Penal brasileiro em seu art. 21, § 1º, a discriminante putativa é tratada como erro de tipo, e não erro de proibição.

Quanto ao outro elemento informador da culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa, deve-se ressaltar que ela pode ocorrer nos dois casos previstos no Código Penal (obediência hierárquica e coação moral irresistível), ou por qualquer das causas supralegais de exclusão, admitidas pela doutrina e pela jurisprudência, ou ainda “sempre que não houver liberdade de opção no caso

concreto”²²⁶, como no estado de necessidade exculpante e nas imposições do poder empregatício, por exemplo.

Segundo Goldschmidt, as causas de exclusão de culpabilidade não devem ser taxativas, podendo haver causas ‘supralegais’, reconhecidas a critério valorativo do juiz. Este autor entende que há motivos, para o ‘homem médio’, que o ordenamento jurídico deve reconhecer como superiores à representação da norma de dever, e que seriam, justamente, as causas de exculpação supralegais²²⁷.

Indagando-se se o reconhecimento de causas de exclusão de culpabilidade baseadas em ‘motivos’ (causas de exculpação) não previstos em

²²⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal nº 15. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 224.

²²⁷ Goldschmidt cita a absolvição do marido, da acusação de lenocínio, porque não se podia exigir que pusesse fim à impudícia de sua mulher. GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa da la Culpabilidad**. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 118.

²²⁵ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 42 e 43.

lei, fragilizaria o direito – num processo que denominou de “osteomalaxia” do direito – Goldschmidt reflete que o reconhecimento de causas de justificação (causas de exclusão de antijuridicidade) baseadas na ponderação de interesses – como nos casos de legítima defesa e estado de necessidade – são pacificamente aceitas nos tribunais, sem qualquer prejuízo à segurança jurídica²²⁸. Desta forma, de mesmo modo, pode-se acatar causas supralegais de exculpação, sem riscos de fragilizar o direito.

De modo análogo ensinou Freudenthal, para quem há possibilidade de aplicação, por analogia, de causas supralegais da exigibilidade de conduta diversa. Pode-se inferir, deste posicionamento, que seriam admitidas, também por este autor, como por Goldschmidt, outras causas de exculpação. Neste sentido, afirma que:

*“No se puede replicar que el Derecho vigente, en sus disposiciones sobre el estado de necesidad, señale límites a los casos para los que quiere reconocer un efecto de impunidad al carácter inevitable de lo realizado. Al contrario, esta ‘causa de inculpabilidad’ debiera ser aplicada análogamente a todos los casos de inevitabilidad”*²²⁹.

A jurisprudência e a doutrina²³⁰ brasileiras têm adotado, pacificamente, as causas supralegais de exclusão da culpabilidade.

Ressalte-se que as causas de exclusão de culpabilidade, para Goldschmidt, têm como parâmetro de reconhecimento o ‘homem médio’²³¹. Apesar de reconhecer que a desconsideração das características individuais do sujeito – exceto

²²⁸ GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa da la Culpabilidad**. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 121.

²²⁹ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003, p. 85.

²³⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Culpabilidad: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal nº 15. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 224.

²³¹ GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa da la Culpabilidad**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 121.

nos casos de imputabilidade por patologias – pode levar ao castigo da simples estupidez, Goldschmidt alerta também que, se for levada em conta a capacidade para ‘motivação’ do indivíduo, corre-se o risco de desculpar-se o delinquente por convicção²³². Tal posição, relativamente às condições do ‘homem médio’, difere da tendência adotada no Código Penal brasileiro, que toma em consideração as circunstâncias especiais que envolvem o autor, como indivíduo²³³.

É nesse sentido, em que há consonância com a dogmática penal brasileira atual, que Karl Binding ensinava ser a culpabilidade um juízo de reprovação existencial do indivíduo²³⁴.

²³² GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa da la Culpabilidad**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 122.

²³³ Art. 21, parágrafo único: Considera-se evitável o erro se a agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

²³⁴ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural,

4. O CONSEQUENTE DA REGRA MATRIZ DO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL

Da incidência da regra matriz resulta a produção dos efeitos jurídicos. A relação jurídica é, assim, a consequência da incidência da regra matriz.

Para Pontes de Miranda, tal consequência é, em geral, a relação jurídica²³⁵. Segundo o ‘princípio da causalidade jurídica da eficácia jurídica’²³⁶, a causa suficiente dos efeitos decorrentes da incidência da regra jurídica é a própria incidência.

No âmbito penal, é da aplicação da regra matriz que se chega à produção de efeitos – a punição imposta ao agente

1976, p. 47, NR 212 e p. 222, NR 29.

²³⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tra-
tado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 4.

²³⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tra-
tado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 19.

individual²³⁷. Como explica Karl Binding, a lei penal é uma “regra jurídica que regula a formação, o conteúdo e o fim das relações jurídico-penais que se estabelecem entre o titular do direito de punir e o criminoso”²³⁸.

No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho afirma que toda consequência jurídica é a instalação de uma relação jurídica, estabelecendo um vínculo jurídico entre pessoas. Corroborando Pontes de Miranda, Paulo de Barros Carvalho ensina que, desse vínculo, surgem os direitos subjetivos e os deveres jurídicos²³⁹.

Assim, da incidência da regra matriz decorre o surgimento das relações jurídicas, configurando, assim, a dinâ-

mica jurídica²⁴⁰. No âmbito penal, é da incidência da regra que surge o direito subjetivo à constrictão²⁴¹ e o dever jurídico de obediência à norma[preceito]²⁴².

Lembre-se que a simples existência da norma[preceito] não é suficiente para criar deveres concretos, nem tampouco direitos subjetivos. É necessária sua incidência a um caso concreto, nos termos da Teoria da Norma de Karl Binding, adotada neste estudo²⁴³.

A estrutura da regra matriz, em Paulo de Barros Carvalho contém a prótase – suposto ou hipótese, conjunto de critérios para a identifica-

²³⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 13.

²³⁸ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 31.

²³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 35.

²⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 39.

²⁴¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 33.

²⁴² KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 171.

²⁴³ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 171.

ção do fato - que, concretizada, determina a incidência de certa consequência prevista, a apótese²⁴⁴.

Aproximam-se Paulo de Barros Carvalho e Hans Kelsen da Teoria da Norma, quando compõem os momentos lógicos de incidência da regra matriz contendo um juízo hipotético: se ‘hipótese’ então deve ser ‘consequência’.

Além das características da regra matriz referentes ao antecedente - a abstração e a generalidade - acrescenta-se a ‘respeitabilidade’ ou ‘infallibilidade’²⁴⁵, que se relaciona ao consequente da regra matriz.

Caracteriza a regra matriz a sua incidência inexorável. Ressalta von Tuhr que “ *de la*

obediencia voluntaria y el de la coerción estatal, consiste la singular causalidad jurídica que designamos como fuerza o eficacia de la ley”²⁴⁶.

Nesse mesmo sentido, explica Pontes de Miranda que a respeitabilidade ou incidência “independe dos efeitos que, efetivamente, a norma jurídica - e a regra matriz que lhe dá estrutura - é capaz de produzir e produz”²⁴⁷.

Paulo de Barros Carvalho discorda da inexorabilidade da incidência. Exemplifica com a hipótese de um comerciante revender mercadoria, em operação sujeita a tributação do ICMS, sem emissão de nota fiscal e sem registro da operação tributável. Supõe ainda o autor de a autoridade estatal competente nunca vir tomar conhecimento da venda. Conclui o autor que “juridicamente não aconteceu o fato e,

²⁴⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 30 e **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

²⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tra-
tado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, pp. 6 a 13. Reitere-se que o autor se refere apenas à ‘regra jurídica’, isto é, ao antecedente da regra matriz, ou à prótese da regra matriz.

²⁴⁶ TUHR, Andreas von. **Teoria General del Derecho Civil Aleman**. Volumen II. Los Hechos Juridicos. Buenos Aires: Depalma, 1947, p. 4.

²⁴⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tra-
tado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 11.

portanto, nenhuma operação tributária se instalou”²⁴⁸.

Diverge-se dessa conclusão, pois o que ocorre, de fato, com a prática do fato gerador – a venda da mercadoria – é o surgimento da obrigação tributária principal. Houve, portanto, a incidência da norma jurídica tributária.

No entanto, passados cinco anos sem que tenha sido efetuado o lançamento – seja por homologação, com procedimentos a cargo do contribuinte, seja de ofício, a cargo da autoridade fiscal – dá-se a incidência de outra regra: a que prevê a decadência do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento. Essa norma jurídica incide, igualmente, de modo inexorável, extinguindo o crédito tributário nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional.

Assim, ao contrário do que conclui Paulo de Barros Carvalho, a venda ocorreu, no mun-

do jurídico, pela incidência da norma jurídica. E, cinco anos após, tal fato é considerado extinto, pela decadência, também em razão da incidência de outra norma jurídica.

Tais conclusões, presentes na dogmática tributária nacional atual, estão em perfeita consonância com a Teoria da Norma de Karl Binding, para quem a eficácia real da lei penal não constitui sua característica essencial²⁴⁹.

No campo penal, praticada a conduta típica – a supressão ou redução de tributo mediante fraude – ocorrido está o delito. No entanto, não sendo verificado o crime, passado o prazo prescricional, incide sobre o mesmo suporte fático a norma jurídica penal que prevê a prescrição da pretensão punitiva do Estado, extinguindo a punibilidade do crime. Não se pode falar, no entanto, que o fato não ocorreu. Nesse sentido, ocorre

²⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115.

²⁴⁹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica.** Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 69.

algo similar à teoria dos elementos negativos do tipo²⁵⁰.

Retornando ao pensamento de Karl Binding, pode-se afirmar que sonegação fiscal, bem como a revenda de mercadoria, nos dois exemplos dados, são fatos que foram ‘tipificados’ pelas respectivas normas[preceitos], em razão da incidência das respectivas regras matrizes. Mas, posteriormente, foram excepcionados²⁵¹ pela incidência de outras regras matrizes, isto é, por outras normas[preceitos] (a da prescrição penal e a da decadência do direito de lan-

çar, conforme o caso) estruturadas sob forma das correspondentes regras matrizes.

Também é irrelevante para o direito a causa da respeitabilidade. Para Karl Binding, a norma vincula²⁵². É necessário distinguir a vinculação da imperatividade, esclarecendo que o primeiro conceito corresponde à incidência, enquanto o segundo, à tutela jurídica da incidência²⁵³. Paulo de Barros Carvalho prefere denominar a vinculação de ‘coercibilidade’ e a imperatividade, de ‘coatividade’ ou ‘execução forçada da norma’²⁵⁴.

Enfim, o direito tem por objeto normas ou regras jurídicas estruturadas sob a forma de regras matrizes que, por força de sua incidência sobre os fatos do mundo, produzem efeitos, sendo tais efeitos

²⁵⁰ Mir Puig, o tipo penal ‘total’ é composto por uma parte positiva – a norma proibitiva – à qual se deve adicionar a parte negativa do tipo – uma causa de exclusão de antijuridicidade. Logo, na presença da legítima defesa, ou do estado de necessidade, por exemplo, ainda que imaginários (putativos), o tipo ‘total’ não se perfaz, pois a “existência de causas de justificação (reais ou imaginárias) exclui a presença da hipótese de fato antijurídico”. PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 390.

²⁵¹ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 42 e 43.

²⁵² KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 171.

²⁵³ MIRANDA, Pontes de. **Traçado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 14.

²⁵⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 20 e 21.

as consequências jurídicas nelas previstas.

Pontes de Miranda clarifica, em seu sistema, o princípio da ultratividade da lei penal²⁵⁵ e também da lei tributária²⁵⁶, quando afirma que o suporte fático deve ser considerado no momento em que se dá a incidência – isto é, no momento em que ocorra o fato descrito no antecedente da regra matriz - e não no momento em que

sejam produzidos os efeitos jurídicos²⁵⁷.

A aplicação retroativa da lei só se admite, em ambos os casos, quanto se trata das sanções, e *in bonam partem*.²⁵⁸

Ademais, em uma mesma regra jurídica, pode haver vários elementos do suporte

²⁵⁵ NO DIREITO PENAL, COMO NO DIREITO TRIBUTÁRIO, APLICA-SE À INFRAÇÃO A LEI VIGENTE À ÉPOCA DO FATO²⁵⁵: *TEMPUS REGIT ACTUM*. PARA DETERMINAÇÃO DA ÉPOCA DO CRIME, APLICA-SE O PRINCÍPIO DA ATIVIDADE, ISTO É, CONSIDERA-SE PRATICADO O CRIME NO MOMENTO DA AÇÃO OU OMISSÃO, AINDA QUE OUTRO SEJA O MOMENTO DO RESULTADO (ART. 4º DO CP).

²⁵⁶ Como o efeito do lançamento é meramente declaratório da ocorrência do fato gerador, o art. 144 do Código Tributário Nacional define que: “o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

²⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tra-**
tado de Direito Privado. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 30.

²⁵⁸ NO CAMPO PENAL, A
LEI RETROAGE NOS CASOS
PREVISTOS NO ART. 2º,
CAPUT E SEU PARÁGRAFO
ÚNICO, DO CÓDIGO
PENAL²⁵⁸. AMBOS OS
DISPOSITIVOS PREVÊM
RETROAÇÃO DA LEI MAIS
BENÉFICA AO AGENTE –
LEX MITIOR - AINDA QUE
JÁ TRANSITADA EM
JULGADO A SENTENÇA
CONDENATÓRIA. SÃO OS
CASOS DENOMINADOS PELA
DOCTRINA DE *ABOLITIO*
CRIMINIS E DE *NOVATIO*
LEGIS IN MELIUS (OU *LEX*
MITIOR):EM DIREITO
TRIBUTÁRIO, A LEI MAIS
FAVORÁVEL AO SUJEITO
PASSIVO, EM VIRTUDE DO
PRINCÍPIO DA
RETROATIVIDADE
BENIGNA (ART. 106, II, DO
CTN).

fático, que devam ocorrer de forma sucessiva ou simultânea. Assim, para a compra e venda de imóvel exige-se a escritura pública e posterior transcrição no registro de imóveis²⁵⁹.

Esclarece ainda Pontes de Miranda que o mesmo fato do mundo pode ser suporte fático de mais de uma ‘regra jurídica’ e produzir efeitos distintos²⁶⁰. O homicídio, por exemplo, é suporte fático contido no antecedente de, ao menos, duas regras matrizes, uma de direito civil – a que determina a extinção da personalidade jurídica do *de cuius* – e outra de direito penal – a que tipifica o fato causador dessa extinção.

De mesmo modo, sobre a supressão de tributo mediante fraude incidem regras matrizes, uma delas tributária – a que prevê a hipótese de incidência tributária – e a outra a

penal – que caracteriza como delito a falta, fraudulenta, de pagamento do tributo.

Da incidência de cada uma dessas regras matrizes surgem efeitos distintos: o dever de pagar o tributo e seus acessórios (penalidade pecuniária e juros), no primeiro caso, e o dever de submeter-se à pena privativa de liberdade, e multa, no segundo.

Os termos da relação jurídica são, para Pontes de Miranda, as pessoas – naturais ou jurídicas – que podem situar-se no pólo ativo ou passivo²⁶¹, ou seja, são os sujeitos de direitos e pretensões, ou deveres e obrigações, respectivamente. Já o conteúdo da relação jurídica é sempre um direito, ou mais de um²⁶².

Paulo de Barros Carvalho, acompanhando a tradicional definição de relação jurídica, informa que seus termos são os sujeitos e o objeto. O au-

²⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 29.

²⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 27.

²⁶¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 126.

²⁶² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 124.

tor dá aos sujeitos a denominação de ‘critério pessoal’ e ao objeto, ‘critério quantitativo’, pois o objeto da relação, para o direito tributário, é a obrigação tributária principal, o montante do tributo devido pelo sujeito passivo (devedor) ao sujeito ativo (credor)²⁶³:

(i) elemento pessoal : são as pessoas envolvidas na ocorrência do fato, ou porque o fato a elas digam respeito (morte), ou porque os fatos atinjam sua esfera jurídica, ou se refiram à sua conduta²⁶⁴. No direito tributário, o elemento pessoal diz respeito à definição dos sujeitos ativo (que fiscaliza, lança e exige o pagamento) e passivo (contribuinte ou responsável, é aquele obrigado ao pagamento do tributo) da relação tributária. No âmbito do direito penal, o sujeito ativo é aquele que pratica o fato previsto na regra, enquanto o passivo – além de

ser, mediatemente, o Estado – é a pessoa titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão.

(ii) elemento quantitativo: é o montante do dever jurídico previsto na norma. No direito penal, é representado pela qualidade e quantidade da pena. No direito tributário, pelo montante do tributo e acessórios.

Deve-se ressaltar que Paulo de Barros Carvalho, ao contrário de Pontes de Miranda e similarmente a Hans Kelsen, não distinguiu incidência e aplicação da norma jurídica, pois congregou em sua ‘regra matriz de incidência’ os dois fenômenos identificados isoladamente por Pontes de Miranda.

Isto é, compôs sua regra matriz com o antecedente e o conseqüente, ou seja, com o suporte fático e da relação jurídica, respectivamente. O autor afirma, inclusive, ser descabida a distinção entre incidência e aplicação²⁶⁵.

²⁶³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

²⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 24.

²⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário. Funda-**

5. EXAME DA INCIDÊNCIA DA REGRA MATRIZ DO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL

5.1 A norma que tipifica o crime de sonegação fiscal

Entre os tipos penais que caracterizam os crimes contra a ordem tributária cometidos por particulares – os arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990 e 168-A e 337-A do Código Penal – será objeto de análise detalhada o delito do *caput* do art. 1º da referida lei.

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 a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

5.2 A regra matriz que estrutura o crime de sonegação

Partindo das ideias de Pontes de Miranda, adaptando-as àquelas de Hans Kelsen, Karl Binding e Paulo de Barros Carvalho²⁶⁶, pode-se afirmar que toda norma jurídica

mentos Jurídicos da Incidência.
São Paulo,;Saraiva, 2009, p. 8.

²⁶⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência.** São Paulo,;Saraiva, 2009 p. 12.

terá a estrutura de uma regra matriz: um antecedente descritivo (o suporte fático da incidência, de Pontes de Miranda) e um conseqüente prescritivo (ou o resultado da aplicação normativa de Pontes de Miranda, a relação jurídica), conectados por um fator deôntico, o dever ser.

Os aspectos distintivos entre os autores decorrem de que Pontes de Miranda²⁶⁷ explicita que sua análise dos componentes da regra jurídica é efetuada de modo separado, distinguindo os momentos lógicos da dinâmica jurídica.

Paulo de Barros Carvalho, por agregar o antecedente e o conseqüente na regra matriz, denomina a norma primária kelseniana de ‘proposição-conseqüente’²⁶⁸, que surge da implicação normativa.

Transcreve-se o trecho abaixo, a fim de esclarecer a

idéia central do autor, que será seguida nesta tese:

“duas são as estruturas que formam a norma completa: a da norma primária e a da norma secundária, como duas, igualmente, são as proposições intra-normativas: proposição-antecedente e proposição-conseqüente. Quanto ao procedimento lógico, duas novamente são as operações: subsunção do fato concreto à classe de fatos descrita na hipótese e relação de causalidade jurídica entre o fato concreto e o efeito previsto no conseqüente, por força da implicação normativa”²⁶⁹.

O autor traduz essas palavras em símbolos, por meio da seguinte fórmula:

$$F \in Hn \rightarrow Rj^{270},$$

onde:

F = é o fato descrito na hipótese normativa

Hn = hipótese normativa

²⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tra-**
tado de Direito Privado. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 18.

²⁶⁸ CARVALHO, Paulo de Bar-
ros. **Direito Tributário. Funda-**
mentos Jurídicos da Incidência.
São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116.

²⁶⁹ CARVALHO, Paulo de Bar-
ros. **Direito Tributário. Funda-**
mentos Jurídicos da Incidência.
São Paulo,;Saraiva, 2009, p. 116.

²⁷⁰ CARVALHO, Paulo de Bar-
ros. **Direito Tributário. Funda-**
mentos Jurídicos da Incidência.
São Paulo,;Saraiva, 2009, p. 11.

Rj = consequência jurídica

Vê-se que, para Paulo de Barros Carvalho, as operações lógicas que compõem a dinâmica do sistema jurídico, de subsunção e de implicação²⁷¹, estão previstas na regra matriz que dá estrutura a uma única norma jurídica.

Enfim, a regra matriz contempla a “descrição de um fato ‘F’ que, ocorrido no plano da realidade físico-social, fará nascer uma relação jurídica (S’RS)” entre dois sujeitos de direito²⁷².

Concluindo, a relação jurídica que se estabelece pela ‘subsunção + implicação’ (para Paulo de Barros Carvalho) ou vinculação da norma[preceito] (para Karl Binding), apresenta, em sua forma

completa, a seguinte estrutura lógica²⁷³:

Se (antecedente) então (consequência)

Antecedente:

Elemento material: núcleo ou cerne do suporte fático, a ação ou conduta típica e antijurídica, considerando-se os elementos normativos do tipo e correspondendo à vontade humana transformada em realidade, nele incluída a causalidade;

Elemento subjetivo, ou culpabilidade²⁷⁴: o conhecimento do preceito contido na norma e a capacidade de determinar-se de acordo com o preceito;

Elemento espacial: espaço em que o fato tem lugar. É o local onde o fato típico ocorre;

Elemento temporal: tempo em que se dá por ocorrido o fato;

Consequente:

²⁷¹ Lembre-se que Pontes de Miranda chama a ‘subsunção’ de ‘incidência’, e a ‘implicação’ de ‘aplicação’. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 18.

²⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

²⁷³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 69.

²⁷⁴ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp. 43 a 50.

Elemento pessoal: sujeito ativo, aquele que pratica o fato previsto na hipótese da regra matriz e sujeito passivo, o titular do bem jurídico lesado;

Elemento quantitativo: pena

No âmbito do direito penal, exemplifica-se com o tipo do art. 1º da Lei nº 8.137/1990²⁷⁵.

Nesse dispositivo é previsto um único delito – suprimir ou reduzir tributo – cabendo aos seus incisos relacionar as formas como ele pode ocorrer.

No caso do art. 1º da Lei nº 8.137/1990, como afirma a doutrina dominante²⁷⁶, o bem jurídico tutelado é o erário. O bem jurídico mediato, ou indi-

reto, são os interesses sociais – como educação e saúde, por exemplo – viabilizados pelos recursos financeiros do Estado. O objeto da tutela é o tributo, entre os quais o imposto de renda da pessoa física.

A regra matriz que define o crime de sonegação fiscal pode ser retratada da seguinte forma, quando se considera o tipo alternativo múltiplo do *caput* do art. 1º da cita lei, e seu inciso I:

Suprimir imposto de renda mediante omissão de informação
DEVE SER

Pena: reclusão, de 2 a 5 anos e multa

No campo tributário, a regra matriz do imposto sobre a renda das pessoas físicas²⁷⁷, é:

²⁷⁵ Lei nº 8.137/1990, 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 informação falsa; (...)

²⁷⁶ Diversos autores, relacionados nas referências bibliográficas, tratam do assunto, entre eles Maria Beatrice Mirri, Joaquín Delgado García, Héctor Villegas, Alberto Xavier, Fernando Sainz de Bujanda, Sacha Calmon Navarro Coelho e Andrés Eisele.

²⁷⁷ Lei nº 7.713/1988, art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos

Auferir renda

DEVE SER

Pagar imposto de renda

Constata-se que, entre os elementos que compõem o suporte fático - o antecedente da regra matriz - não há qualquer referência a elementos subjetivos, mas unicamente a elementos objetivos e normativos.

Supondo-se que o 'auferir renda' seja, por sua vez, a consequência prevista em outra regra matriz, que tenha por suporte fático uma presunção, como ocorre naquela prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/1996²⁷⁸:

Ser titular de créditos bancários de origem não comprovada

DEVE SER

Auferir renda

patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

²⁷⁸ Lei nº 9.430/1996, art. 42 Caracterizam-se também como omissão de receita ou de rendimento, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais a pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Como exposto, para Pontes de Miranda o mesmo fato do mundo pode ser suporte fático de mais de uma regra jurídica e produzir efeitos distintos, ou seja, ensejar o estabelecimento de diversas relações jurídicas²⁷⁹.

Essas regras matrizes (art. 42 da Lei nº 9.430/1996; § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713/1988; e inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/1990) encontram-se diante de uma mesmo suporte fático, que vai sendo 'colorido' juridicamente, sendo que dessa 'coloração' vão surgindo sucessivas relações jurídicas. A dinâmica jurídica é caracterizada por sucessivos momentos lógicos de subsunção e implicação.

A sequência desses procedimentos lógicos resulta na seguinte regra matriz:

Ser titular de créditos bancários de origem não comprovada

DEVE SER

Pena: reclusão, de 2 a 5 anos e multa

²⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tra-
tado de Direito Privado**. Parte
Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Bor-
soi, 1970, p. 27.

5.3 A norma [preceito] do crime de sonegação fiscal

Retornando à doutrina de Karl Binding²⁸⁰, segundo o qual a partir das normas[preceitos] são produzidas normas[leis] e, acrescentando a estrutura lógica dada à norma[lei] em questão, conforme Paulo de Barros Carvalho²⁸¹, segundo a formulação anterior $F \in H_n \rightarrow R_j$ ²⁸², tem-se:

Norma[preceito]: Não serás titular de créditos bancários de origem não comprovada.

6. CONCLUSÃO: A IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DA CAPACIDADE DELITUAL, OU

²⁸⁰ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, pp.37 a 42.

²⁸¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 286 a 296.

²⁸² CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

CULPABILIDADE, NA NORMA[PRECEITO] “NÃO SERÁS TITULAR DE CRÉDITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA”

Como ensinado por Karl Binding, a configuração do crime requer a caracterização da capacidade delitual do indivíduo.

Essa capacidade delitual, que nada mais é que a culpabilidade ou juízo de reprovação existencial do autor, refere-se ao “poder de conhecer a natureza do ato em relação à norma e mantê-lo em harmonia com a mesma”²⁸³.

Como visto anteriormente, a culpabilidade, para Karl Binding, exige um duplo juízo de capacidade: (i) capacidade de conhecer a norma[preceito] ou capacidade de conhecer o dever; e (ii) capacidade de conhecer os fatos que se apresentam e de associar esses

²⁸³ KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976, p. 46.

fatos à norma[preceito] ou capacidade de cumprir o dever. Lembre-se que, segundo Binding, o dever de que se fala é o dever de obedecer à norma[preceito].

Por essa razão, defende-se, neste estudo, que a culpabilidade há de ser verificada no âmbito do antecedente da regra matriz.

Mais precisamente, é preciso que o indivíduo apresente, *in concreto*, ambas as capacidades – de conhecer e de cumprir o dever – em relação a todos os elementos que compõem a regra matriz derivada da norma[lei] que decorreu da norma[preceito].

Neste ínterim, lembrem-se os caminhos lógicos percorridos por Karl Binding, em sua formulação norma[preceito] e lei e por Paulo de Barros Carvalho, em relação à norma[lei] e regra matriz, expostos nos itens precedentes deste mesmo capítulo.

Ressalte-se, ademais, que os aspectos da regra matriz, repleta de elementos normativos, foram esclarecidos no item 2 deste artigo.

Foi formulada a regra matriz resultante da incidência

dos seguintes dispositivos legais: art. 42 da Lei nº 9.430/1996, art. 3º da Lei nº 7.713/1988 e art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/1990, que resultou no antecedente “*Ser titular de créditos bancários de origem não comprovada*”.

A este antecedente foi associado o consequente, por meio do fator deôntico – o dever ser – a “*pena: reclusão de 2 a 5 anos*”.

Pode-se afirmar que a aplicação do consequente (a pena) ao antecedente da regra matriz exige, cumulativamente, as capacidades de conhecer e de cumprir o dever, sendo esse dever o obedecer à norma[preceito].

Ocorre que a norma[preceito] da qual surgiu o antecedente da regra matriz resultante das incidências, por ser dotado de natureza penal, nos termos da Teoria da Norma de Karl Binding, contém uma proibição do tipo: Não serás titular de depósitos bancários de origem não comprovada, pois assim não terás auferidos renda e assim não terás suprimido tributo mediante omissão de informações.

A culpabilidade requer, portanto, que o agente tenha possuído, *hic et nunc*, as capacidades de cumprir e de obedecer ao dever, em relação a:

(1) não ser titular de conta bancária;

(2) não ter recebido créditos (depósitos) nesta conta bancária;

(3) não serem esses créditos de origem não comprovada, isto é, não correspondentes a rendas já submetidas à tributação ou, caso contrário, não sujeitas à tributação, como ocorre nos casos de imunidade e isenção.

Nesse momento, – que não é cronológico, mas lógico – aplica-se uma presunção legal, que independe inteiramente da capacidade do indivíduo de conhecer e cumprir o dever.

Essa presunção, ínsita no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, é:

(4) depósitos bancários de origem não comprovada significam, legalmente, renda auferida

A partir da aplicação dessa presunção, retorna-se à sequência lógica de verificação

das capacidades do agente, em relação a:

(5) não deixar de informar a renda auferida;

(6) não deixar de pagar o imposto de renda correspondente à renda auferida

Logo, ainda que se possa aferir a capacidade delitual do agente em relação aos momentos (1) a (3) e (5) a (6), tal verificação é impossível em relação ao momento (4).

Isso porque, neste momento (4), não há qualquer participação do autor, tornando irresponsáveis as duas questões essenciais à demonstração da culpabilidade, relativas à capacidade de perceber a ilicitude das ações e de determinar sua conduta de acordo com essa consciência da ilicitude.

As questões são:

É possível averiguar se houve, no momento em que a presunção se aplicou ao fato concreto, capacidade, do agente de adquirir a consciência atual da norma[preceito] que determinava “Não serás titular de créditos bancários de origem não comprovada”, sob pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa?

É possível averiguar se houve, no momento em que a presunção se aplicou ao fato concreto, a subsunção dos fatos, em todos os seus componentes e meios, à norma[preceito] que determinava “Não serás titular de créditos bancários de origem não comprovada”, sob pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa?

A resposta para ambas as indagações é evidente. Note-se que o direito tributário utiliza-se da presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº9.430/1996 para tomar como fato provado a percepção de renda, a partir da comprovação da existência dos depósitos.

No entanto, tal presunção não é capaz de produzir efeitos penais, haja vista a total impossibilidade de presunção de capacidade delitual, ou culpabilidade.

Demonstra-se assim, a ausência do elemento subjetivo no tipo, ainda que, como exposto nas linhas introdutórias, a impossibilidade de caracterização do delito decorra logicamente de uma razão anterior, que é a própria au-

sência de tipicidade - em razão da ineficácia absoluta do meio de apuração do resultado exigido para sua consumação. Enfim, tais considerações evidenciam-se a necessidade de dar nova caracterização ao crime de sonegação fiscal, por meio de alteração normativa, passando de crime material e de dano a uma mais adequada configuração, como crime formal e de perigo abstrato.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Eugenio Simón. **El Delito de Defraudación Tributaria**. Navarra:Aranzadi, 1998

ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal**. Parte Geral. Recife: Intergraf, 2004

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Milano:Dott. A. Giuffrè, 1969

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro:Revan, 2005

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito**

Penal. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** Rio de Janeiro:Forense, 2002

_____ **Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal nº 15. Coimbra: Coimbra, 2005

_____ **Curso de Direito Penal, Parte Geral.** Forense:Rio de Janeiro, 2008

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1959

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

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal. Parte General,** Volumen I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tri-**

butária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981

_____ **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência.** São Paulo: Saraiva, 2009

CASTRO Jr., Torquato. **A Pragmática das Nulidades e a Teoria do Ato Jurídico Inexistente** (Reflexões sobre Metáforas e Paradoxos da Dogmática Privatista). São Paulo: Noeses, 2009

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoría general del delito.** Valencia:Tirant Lo Blanch, 2007

COSSIO, Carlos. **La Teoría Egologica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad.** Buenos Aires:Abeledo Perrot, 1964

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade.Culpa.Direito Penal.** Coimbra:Coimbra, 1993

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.** Buenos Aires: Euros Editores, 2004

FREITAS, Ricardo de Brito A P. **As Razões do Positivismo Penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal.** Buenos Aires: Julio César Faira, 2003

GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa da la Culpabilidad.** Buenos Aires: Editorial B de F, 2002

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1958

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal.** Barcelona: Bosch, 1981

KANT, Immanuel. **Critique of Pure Reason.** Londres: Macmillan, 1978

KAUFMANN, Armin. **Teoria da Norma Jurídica.** Rio

de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1987

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Tomo I. Campinas: Russell, 2003

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**, T. II. Barcelona: Ariel, 1962

MAYER, Max Ernest. **Derecho Penal. Parte General.** Montevideo: Buenos Aires, B de F, 2007

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970

PEREIRA, José Higino Duarte. In.: LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Campinas: Russell, 2003

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro,** Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes. **Teoria da Imputação Objetiva do Resultado. Uma aproximação crítica a seus fundamentos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

TUHR, Andreas von. **Teoria General del Derecho Civil Aleman.** Volumen II. Los Hechos Juridicos. Buenos Aires: Depalma, 1947

RODA, Juan Córdoba. **Culpabilidad y Pena.** Barcelona: Bosch, 1977

ROSS, Alf. **Tû-Tû.** São Paulo: Quartier Latin, 2004

ROXIN, Claus, ARZT, Gunther, e TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007

SICHES, Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho.** Porrúa: Mexico, 1970

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1991

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** Santiago: Jurídica del Chile, 1997

WIEACKER, Franz. **Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna.** Madrid: Aguilar, 1957

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro,** v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008