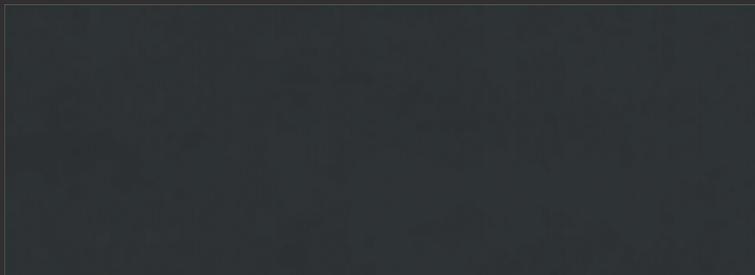


6

Ricardo Robles Planas

ESTUDOS DE DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL:

Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico



COLEÇÃO CIÊNCIA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

Coordenação: Cláudio Brandão

D'PLÁCIDO
EDITORA

Ricardo Robles

ESTUDOS DE DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

6

Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico

COLEÇÃO CIÊNCIA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

Coordenação: Cláudio Brandão



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Ricardo Robles.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Leticia Robini de Souza
(Sob imagem de Martin Fisch para flickr.com)

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

ROBLES, Ricardo.

Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico -- Coleção Ciência Criminal Contemporânea -- vol. 6 -- Coordenação: Cláudio Brandão -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-310-4

1. Direito . 2. Direito Penal 3. Teoria do Delito I. Título. II. Direito

CDU343

CDD341.5

NOTA PRÉVIA

O presente volume reúne boa parte dos trabalhos de minha atividade de pesquisa dos últimos cinco anos. As três partes em que se divide a obra expressam, pois, os três âmbitos que foram, fundamentalmente, objeto de minhas preocupações: os Fundamentos, a Parte Geral, e o Direito penal econômico.

Os textos, que foram convenientemente revisados para a presente edição, são os seguintes:

“A identidade da dogmática jurídico-penal” nasceu como parte dos exercícios no concurso para obter a cadeira de professor titular na Universidade Pompeu Fabra. O que se iniciou como uma exposição da metodologia própria da disciplina acabou convertendo-se em um texto que trata de identificar as singularidades da dogmática penal como ciência do Direito penal e defender sua necessidade absoluta em todo sistema jurídico minimamente desenvolvido. Foi publicado pela primeira vez em 2010 na revista *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (n° 2/2010) e apareceu também em língua portuguesa na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (n° 98/2012).

Minha pretensão em “Dogmática dos limites do Direito penal” era a de escrever algumas reflexões a modo de contraponto e introdução ao livro *Límites al Derecho penal* (Atelier, 2012), cuja edição alemã esteve a cargo de von Hirsch, Neumann e Wohlers, sob o título de *Mediating Principles* (Nomos, 2006), e cuja edição espanhola correu a meu cargo. No entanto, à medida em que me aprofundei na intuição básica que deveria guiar o trabalho - a de analisar dogmaticamente a existência de limites ao Direito penal -, pronto adverti a temeridade da empreitada. Contudo, não resisti a formular certas hipóteses que me pareceram originais e que talvez poderiam conferir certos

elementos à tão frágil teorização político-criminal até o momento, especialmente, a sustentada sobre a base da teoria do bem jurídico.

Em “A construção do sistema de delito na *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*” são refletidos aspectos da conhecida obra de Jesús María Silva Sánchez. A origem deste trabalho foram as jornadas celebradas em sua homenagem com motivo de seu quinquagésimo aniversário, em Barcelona, no ano de 2.009. Publicou-se, junto com outros trabalhos que também foram expostos naquelas jornadas, em um livro da editora Atelier intitulado *La crisis del Derecho penal contemporáneo* (2010), coordenado por Pablo Sánchez-Ostiz e por quem aqui escreve.

“Deveres de solidariedade” nasceu como um editorial de *InDret penal* (1/2012) no qual se queria dar conta e polemizar parcialmente com a inédita fundamentação dos deveres de solidariedade que Pawlik vem defendendo nos últimos anos. A recente publicação de um importante livro na Alemanha sobre o tema motivou que efetuasse aqui algumas considerações adicionais.

Já no âmbito da Parte Geral, o trabalho “Deveres negativos e positivos em Direito penal” (publicado em *InDret penal*, 4/2013) aprofunda a frutífera distinção dogmática entre deveres negativos e positivos, se bem que desde uma perspectiva crítica, com alguns de seus desenvolvimentos que tendem à conceber os segundos como equivalentes aos primeiros, permitindo que sua infração dê lugar à imputação do resultado. Em estreita vinculação, se analisa o conceito de instituição e responsabilidade institucional como forma de imputação jurídico-penal de responsabilidade e se propõe uma concepção estrita daquela vinculada à assunção, por parte do Estado, das funções de proporcionar prestações positivas para a generalidade em certos âmbitos de importância significativa.

“Os dois níveis de intervenção no delito” aglutina as grandes linhas de minha concepção do sistema de intervenção e as projeta ao resvaladiço terreno da participação por omissão. Boa parte de suas teses foram expostas no Seminário de Direito penal da Universidade de Bonn, dando lugar a uma interessante discussão entre os participantes. Foi publicado pela primeira vez em *Goltsdammer's Archiv für Strafrecht* (5/2012).

“A doutrina da inexigibilidade” apareceu sob o título “Leinenfänger” no maravilhoso livro coordenado por Pablo Sánchez-Ostiz, intitulado *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* (La Ley, 2010).

Como ambos títulos indicam, nele ocupo-me de revisar as origens desta categoria historicamente discutida da teoria do delito, e proponho recuperar em boa medida seu potencial para o moderno conceito de injusto penal

Sob o sugestivo título *Gesamte Strafrechtswissenschaft in Internationalen Dimension*, Zöller, Hilger, Küper e Roxin (Duncker & Humblot, 2013) compilaram os trabalhos que constituem o Livro em Homenagem a Jürgen Wolter com o motivo de seu septuagésimo aniversário. “Sobre a exclusão do injusto penal” é o título de minha contribuição, com a que tive a honra de participar daquela homenagem.

O terceiro bloco integra os trabalhos do âmbito de Direito penal econômico. Inclui-se, em primeiro lugar, “Pena e pessoa jurídica: crítica do art. 31 bis do Código penal”, um trabalho publicado na revista *La Ley* do ano 2010 (n° 7705), no qual fundamento a razão pela qual estimo errônea a irrupção das pessoas jurídicas no mundo da responsabilidade penal, e proponho uma interpretação de acordo com o princípio de culpabilidade da natureza das mal chamadas “penas” para as pessoas jurídicas, e das regras de imputação que deveriam permitir sua imposição: nem aquelas são penas, nem estas são penas.

Em “Imputação na empresa e condutas neutras” me ocupo das diversas situações na empresa, tanto no plano vertical como horizontal, das quais não procede derivar responsabilidade penal por carecer a conduta de desaprovação jurídico-penal objetiva, tendo em conta o âmbito de competência assumido, e com independência dos conhecimentos individuais assumidos fora daquele âmbito. O trabalho inicialmente apareceu no livro dirigido por Jesús María Silva Sánchez e Fernando Miró Llinares, *La teoría del delito en la práctica penal económica* (La Ley, 2013), que analisa o processo de revisão que estaria sofrendo a teoria do delito por ter de enfrentar-se com os casos de Direito penal econômico.

Com o título “O responsável pela conformidade (*compliance officer*) ante o Direito penal” abordo os problemas de imputação de responsabilidade penal a esta nova figura da empresa da “era do *compliance*”, tão discutidos recentemente na Alemanha por conta de uma sentença que não a deixava precisamente fora daquela responsabilidade. Sua publicação espanhola está incluída em Silva Sánchez (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, 2013.

“Os riscos penais do assessoramento jurídico” preocupam cada vez mais a todos aqueles profissionais de Direito que realizam trabalhos

de assessoramento e informação frente à determinadas atividades de seus clientes que podem chegar a ser qualificadas como delitivas. Às situações em que a tal atuação profissional pode ser associada a um risco de incorrer em responsabilidade penal dediquei o trabalho que na Espanha se publicou no diário *La Ley*, no ano de 2008 (n° 7015).

Não quero concluir esta nota prévia sem antes agradecer a todos os colegas latino-americanos pelo seu permanente apoio e diálogo científico. Desejaria que esta obra constituísse uma modesta contribuição à tarefa de seguir cultivando a dogmática jurídico-penal em nossa comunidade científica.

A versão espanhola deste livro de estudos de dogmática jurídico-penal foi publicado pela editora BdeF no mês de novembro de 2014. Nela conclui a nota prévia agradecendo a todos os colegas latino-americanos por seu permanente apoio e diálogo científico e desejando que esta obra constituísse uma modesta contribuição à tarefa de continuar cultivando a dogmática jurídico-penal em nossa comunidade. Na presente versão em língua portuguesa reitero estas palavras e as faço extensivas aos colegas brasileiros com quem tenho um especial vínculo pessoal e científico. Em particular, por um lado, a Renato de Mello Jorge Silveira, quem apoiou e motivou a publicação deste volume no Brasil e teve a amabilidade de escrever a introdução. A toda a equipe de professores do Departamento de Direito penal da Universidade de São Paulo, que tão calorosamente me recebeu em seu seminário. E a Luis Greco e Alaor Leite, por sua cumplicidade acadêmica e pessoal. Por outro lado, meu maior agradecimento é para os que traduziram este livro: Ana Carolina Carlos de Oliveira, Oliveiros Guanais e Marília Bassetto –quem, ademais, coordenou a versão final. A enorme satisfação que se produz ao ver publicados trabalhos em uma língua distinta à própria somente é superada pelo orgulho adicional que supõe o fato de que aqueles tradutores sejam alguns jovens e brilhantes penalistas que têm por bem considerarem-se meus alunos (*discípulos*).

Barcelona, março de 2015

SUMÁRIO

PREFÁCIO	15
FUNDAMENTOS	19
1. A IDENTIDADE DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL	21
1.1. Dogmática jurídico-penal, hermenêutica e realidade social	21
1.2. A dogmática penal como sistema	26
1.3. Dogmática e legitimidade do direito	34
1.4. Consideração final	39
2. DOGMÁTICA DOS LIMITES AO DIREITO PENAL	41
2.1. O conceito material de crime e a dogmática da política criminal	41
2.2. Instrumentos dogmáticos	43
2.2.1. A TEORIA DAS NORMAS E O BEM JURÍDICO	43
2.2.2. As dimensões da autonomia e de seus ataques	47
2.2.3. As dimensões fáticas e normativas do dano e da pena	51
2.2.4. Os princípios da justificação	52
2.3. Desenvolvimento sistemático	54
2.3.1. O âmbito da proibição: os três paradigmas de legitimação	54

2.3.2. O âmbito da lei penal e a seleção do injusto penalmente relevante.....	59
2.4. Balanço.....	75
3. A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE DELITO EM A APROXIMAÇÃO AO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO.....	77
3.1. Traços fundamentais do sistema dogmático de a aproximação.....	77
3.2. Sobre a orientação do sistema à teoria das normas e aos fins preventivos do direito penal.....	81
3.3. O futuro do sistema e o sistema do futuro.....	85
3.3.1. A antijuridicidade penal.....	87
3.3.2. A sancionabilidade penal.....	91
3.3.3. Considerações finais.....	92
<u>DEVERES DE SOLIDARIEDADE</u>	95
4. DEVERES DE SOLIDARIEDADE.....	97
<u>PARTE GERAL</u>	105
5. DEVERES NEGATIVOS E POSITIVOS NO DIREITO PENAL.....	107
5.1. Deveres negativos e positivos.....	107
5.1.1. A concepção de Jakobs.....	108
5.1.2. Conteúdo e fundamento.....	108
5.2. Instituições.....	114
5.3. Deveres positivos especiais, instituições e omissões puras de garante.....	121
5.4. Balanço.....	126
6. OS DOIS NÍVEIS DO SISTEMA DE INTERVENÇÃO NO DELITO: (O EXEMPLO DE INTERVENÇÃO POR OMISSÃO).....	129
6.1. Dez teses sobre a teoria da intervenção no delito.....	129
6.2. Considerações a partir da teoria das normas.....	132

6.3. A intensidade da intervenção.....	133
6.4. A conduta típica omissiva de intervenção no delito.....	138
6.5. “Autoria” e “participação” na comissão por omissão.....	150
7. A DOCTRINA DA INEXIGIBILIDADE.....	157
7.1. Introdução	157
7.2. A doutrina da inexigibilidade: reconhecimento, sistemática, fundamento	159
7.3. O caso do leinenfänger e o alcance da doutrina da inexigibilidade.....	169
8. SOBRE A EXCLUSÃO DO INJUSTO PENAL.....	175
8.1. Fundamentação do injusto penal: estruturas de imputação e níveis de concreção da norma.....	175
8.2. Exclusão do injusto penal em virtude da justificação	179
8.3. Exclusão do injusto penal em virtude da inexigibilidade.....	182
8.3.1. Fundamentos.....	182
8.3.2. Exemplificação.....	186
DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	189
9. PENA E PESSOA JURÍDICA: CRÍTICA DO ART. 31 BIS DO CÓDIGO PENAL ESPANHOL	191
9.1. Introdução	191
9.2. Bases teóricas?.....	192
9.2.1. O triunfo na doutrina do modelo de responsabilidade pelo fato próprio como fundamento da atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica.....	192
9.2.2. A debilidade do modelo.....	194
9.2.3. A pretensão do modelo: a adoção de sistemas de prevenção de delitos.....	203
9.2.4. Balanço: a estrutura da responsabilidade da pessoa jurídica.....	205
9.3. A interpretação do novo artigo 31 bis do Código Penal espanhol.....	211

9.3.1. O artigo 31 bis CP espanhol acolhe o modelo da transferência ou da atribuição.....	211
9.3.2. Transferência da imputação subjetiva?.....	214
9.3.3. Uma interpretação alternativa do art. 31 bis CP espanhol.....	217
9.4. Conclusão: a responsabilidade da pessoa jurídica é apenas formalmente penal.....	219
10. IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL NA EMPRESA E AÇÕES NEUTRAS.....	223
10.1. Introdução	223
10.2. As ações neutras como problema de delimitação de esferas de responsabilidade.....	224
10.3. Consequências na atribuição de responsabilidade na empresa.....	233
10.3.1. Nos subordinados	233
10.3.2. Nos órgãos de direção.....	234
10.4. Balanço: repercussões na teoria do delito?.....	242
11. O “COMPLIANCE OFFICER” FRENTE AO DIREITO PENAL.....	245
11.1. Introdução. A figura do compliance officer.....	245
11.2. O alcance da posição de garante do empresário.....	248
11.3. O que incumbe ao compliance officer?.....	252
11.4. Pressupostos da responsabilidade.....	253
11.5. Autor ou partícipe?.....	255
11.6. Problemas de imputação subjetiva e nos delitos especiais.....	258
12.1. A assessoria jurídica como possível forma de intervenção num fato punível.....	261
12. RISCOS PENAIIS DA ASSESSORIA JURÍDICA.....	261
12.2. O estado da questão na doutrina sobre os limites da participação no delito.....	263

12.3. O reconhecimento incipiente das “ações neutras” na jurisprudência espanhola.....	268
12.4. Reconstrução do âmbito objetivamente neutro da atividade de assessoria.....	271
12.4.1. A configuração objetivamente delitiva do comportamento do assessor.....	271
12.4.2. Outros títulos de responsabilidade, em particular, responsabilidade do assessor por não impedir o fato punível?.....	280
12.5. Breve referência aos deveres específicos de certos profissionais com relação à lavagem de dinheiro.....	282

PREFÁCIO

No começo dos anos 1970, Paulo José da Costa Júnior – antigo Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – e Alberto Silva Franco – Magistrado insigne, idealizador e sempre Presidente do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais – traduziram e prefaciaram a versão brasileira do célebre *Direito Penal*, de Giuseppe Bettiol. Bettiol era, então, um dos grandes nomes vivos do Direito Penal italiano: político destacado, penalista renomado e Professor Catedrático da Universidade de Padova, fora preceptor peninsular de Paulo José e Alberto Silva Franco, bem como de tantos outros brasileiros. Restava, no entanto, a dúvida da recepção de sua obra no Brasil. Indagavam seus prefaciadores, portanto, na própria apresentação da obra: “Bettiol precisa de apresentação? Ou será desnecessário? Na Itália certamente. No Brasil, não. Algumas palavras precisam ser ditas.”

Essa recordação de pronto me veio, juntamente com a mesma sensação, quando recebi o mais que honroso convite de meu caríssimo amigo, Ricardo Robles Planas, para a apresentação de sua obra, agora vertida ao português. Professor Titular da *Universitat Pompeu Fabra*, em Barcelona, Espanha; Catedrático Acreditado; Coordenador e Diretor de publicações várias; Membro de inúmeros Conselhos Editoriais de prestigiosas publicações; autor de diversos e consagrados trabalhos científicos; tradutor ao espanhol de trabalhos de relevo, notadamente alemães; investigador na Alemanha e Itália, Ricardo Robles, um dos maiores penalistas de sua geração, não necessitaria de apresentações em território europeu ou em diversos países da América Latina. No Brasil, contudo, algumas palavras ainda, e talvez, precissem ser ditas.

É verdade que tomei primeiro contato com suas obras, e depois veio o contato com ele próprio. Ambos – as obras e sua pessoa

–, no entanto, sempre me encantaram. Seu trabalho doutoral, sob a orientação do Professor Jesús-María Silva Sánchez, é de um absoluto primor científico. E ainda naquele momento gestacional do penalista, dizia o Professor Silva Sánchez, traçar, o então jovem pesquisador, um real diário de viagem de um itinerário intelectual que procura revisar diversos pontos da teoria da participação. Destaca a dúvida, no entanto, do que levar na mochila que o deveria acompanhar, uma vez que “*Robles, experimentado montañero, no es partidario de los grandes ‘discursos’, discrepa de los sistemas cerrados, realmente poco útiles en entornos cambiantes. Para él, la dogmática (como cualquier otro camino) no se hace a partir de una fórmula mágica que, una vez hallada, resuelve todos los problemas, sino que se construye mediante la trabajosa labor de distinción y la posterior sistematización de los hallazgos concretos. De ahí su admiración por la obra de W. Frisch, representante ejemplar, sin duda, de ese modo de hacer. En Derecho penal Robles es, pues, normativista, pero sin desmesura, más cercano a las orientaciones abiertas del pensamiento teleológico que al funcionalismo.*”

Na verdade, Ricardo Robles Planas sempre teve Silva Sánchez como exemplo desde suas primeiras aulas de graduação. Por suas mãos, e fiando-se no exemplo do *Maestro*, imergiu na literatura penalística alemã, que hoje domina com absoluta desenvoltura e perfeição. Ao depois, já cursando o Doutorado, foi lá estudar, sendo recebido por Frisch. De regresso à Espanha, e já Doutor, foi inicialmente pesquisador junto à sua *alma mater*, a *Universitat Pompeu Fabra*. Foi, de fato, o primeiro aluno integralmente lá formado, hoje engrandecendo o corpo docente daquela instituição, ajudando a colocá-la entre os maiores centros de referência penal.

Dessa época, nosso primeiro encontro. Recebeu ele a mim e a outros investigadores para uma instância de pesquisa junto ao Senhor Professor Silva Sánchez. Sempre querido e prestimoso, formatava-se ali a amizade que o tempo sedimentou. Em novas idas à Barcelona, vejo-o, sempre, desenvolver-se cada vez mais. Suas intervenções nos conhecidos *Seminarios*, coordenados por Silva Sánchez, por exemplo, são sempre esperadas, pois suas colocações, críticas e polêmicas, são, no mínimo, de difícil rebate. Hoje, Professor Titular e Catedrático Acreditado, tem, entre outras, a missão de ser orientador de vários discípulos brasileiros, fomentando a investigação e, cada vez mais, uma aproximação entre Espanha e Brasil.

Nos dias de hoje, sem dúvida alguma, Espanha se mostra como um celeiro de excelentes penalistas. Mais do que isso, é destacadamente

um lugar de criação de inovações críticas e construções teóricas, que, no que nos diz respeito, tanto tem auxiliado o enriquecimento da formação de alunos brasileiros que lá buscam um necessário aperfeiçoamento. A proximidade com a cultura de Cervantes, ao menos no campo penal, é absoluta e cada vez mais significativa e tem em Ricardo Robles um excepcional espelho do que de melhor aquela Universidade possui. Em verdade, ele dispõe do que parece ser o mais essencial a um cientista, no caso, penalista: a vocação para ideias originais. Desde seu trabalho de Doutorado, intitulado *La participación en el delito: fundamento y límites*, quando desenvolveu uma interessantíssima construção sobre uma teoria da participação de cunho restritiva, e que explica tão bem muitas das dúvidas postas pela dicotomia entre autoria e participação, isso se percebe.

Sua produção incansável pode ser, em parte, examinada na coletânea de artigos que ora se verte ao português sob o título *Estudios de dogmática penal. Fundamentos, teoría do delito e Direito Penal Económico*. Dividido em doze capítulos, originalmente publicados como artigos independentes, em diversos periódicos, mundo afora, e agora traduzidos ao português pelos alunos brasileiros de Ricardo Robles Planas, formam um todo fascinante, alinhavando diversas preocupações contemporâneas.

O livro em questão, principia com estudos sobre os fundamentos do Direito Penal. Com isso, o primeiro artigo versa sobre artigo que aborda a identidade da dogmática jurídico-penal, passando, ao depois, no segundo capítulo, para uma análise sobre a dogmática dos limites ao Direito Penal. O terceiro, é composto de preciosa abordagem sobre a construção do sistema do delito na *Aproximação do Direito Penal Contemporâneo*, obra maior de Silva Sánchez. Aliás, ainda seguindo os passos de seu *Maestro*, compõe o quarto capítulo, focando o estudo sobre deveres de solidariedade.

A partir daí, inicia-se outra parte, tratando da teoria do delito. Nela, tem-se o quinto artigo, que trata dos deveres negativos e positivos do Direito Penal. Na sequência, cuida o sexto artigo, de uma avaliação dos níveis do sistema de intervenção no delito. Já sétimo artigo encontra-se um estudo sobre a doutrina da inexibibilidade, enquanto que no oitavo, verifica-se um aprofundamento sobre a exclusão do injusto penal. Iniciando uma nova parte sobre o Direito Penal Económico, tem-se um ótimo estudo sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, assunto de importância sintomática no Brasil desde

“É esta a obra que ora se mostra e esse o autor que se apresenta. Não se trata, como pode pensar o desavisado, de obra meramente estrangeira, mas de abordagem que pode ajudar a entender e a lidar com os desafios do atual Direito Penal brasileiro. Extremamente envidado de ter a oportunidade de prefaciar a primeira obra de Ricardo Robles Planas ao português – e, tenho a certeza, outras tantas virão –, felicito e agradeço a Editora Atlas e ao Senhor Professor Cláudio Brandão, coordenador desta série, por proporcionar ao leitor brasileiro o acesso à mais fina e elegante dogmática penal. Por certo, a partir de agora, apresentações serão desnecessárias, pois há de se reconhecer de quem se está a falar. Por igual, os parabéns ao leitor que inicia uma leitura tão rica. E, por certo, ao autor, por ser quem é, como é.”

Renato de Mello Jorge Silveira
*Professor Titular da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo*



D'PLÁCIDO
EDITORA

www.livrariadplacido.com.br

ISBN 978-85-8425-310-4



9 788584 253104