

NORMAS PENAIS E CONFLITO DE DEVERES
(sobre a concorrência do delito de favorecimento de credores e do delito de estelionato mediante a emissão de cheque sem fundos)¹

JUAN PABLO ALONSO²

1. Introdução.

1.1. Duas noções de ‘Dever Jurídico’.

A ciência jurídica tem analisado, ao menos, duas diferentes noções de “dever jurídico”, levando em consideração suas diversas formulações positivas.

A primeira noção, a qual chamarei de *standard*, engloba apenas a existência de normas que, explicitamente, estipulam a obrigatoriedade em se realizar determinadas condutas. Dentro desta noção, existe o dever jurídico de fazer p, quando existir uma norma positiva que assim o estipule (p. ex., uma norma que disponha: ‘é obrigatório pagar impostos’).

Noção *standard*: $Op \equiv \text{“Op”} \ \varepsilon \ Cn\alpha$ ³

[Existe o dever jurídico de fazer p (“Op”, quando a norma “Op” (obrigatório p) pertencer (ε) às consequências do sistema jurídico α]

A segunda noção de dever jurídico foi especificada por Hans Kelsen, no capítulo dedicado à ‘Estática Jurídica’ de sua *Teoría Pura del Derecho* (Kelsen, 1960).

“... una norma jurídica ordena determinada conducta en tanto enlaza al comportamiento opuesto un acto coactivo como sanción” (Kelsen, 1960, 129).

Segundo referida noção, quando uma norma estipular sanção para a conduta $\neg p$, passará a existir o dever jurídico de fazer p. Por exemplo: existe o dever jurídico de pagar impostos, porquanto há uma norma que atribui determinada sanção (de multa, para exemplificar) a quem não pagar seus impostos.

¹ Algumas idéias desenvolvidas neste trabalho tiveram sua origem em uma monografia do advogado Juan Andrés Cumiz, que foi aluno meu na pós graduação em Direito Penal que ministrei na Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, República Argentina) durante os anos 2005 e 2006; monografia que realizou sob minha orientação. Com sua permissão, desenvolvi o presente; para ele, meu reconhecimento por sua excelente tarefa.

² Universidad de Buenos Aires.

Tradutores: MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE - Mestre e Doutorando em Direito do Estado – Direito Tributário – pela UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Bacharel em Direito pela UFPR. Professor de Direito Tributário e de Direito Processual Tributário do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Professor-Coordenador do Curso de Especialização em Direito Tributário e Processual Tributário do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Advogado e consultor tributário. CAIO PATRÍCIO DE ALMEIDA - Acadêmico de Direito do Sétimo Período do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Monitor de Direito Penal II, sob a orientação do Professor Doutor Maurício Stegemann Dieter, no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pesquisador do Núcleo de Direito Penal Econômico e Tributário do Barbosa & Timm do Valle Advogados.

³ A formalização lógica aqui utilizada segue a “Lógica de normas e lógicas de proposições normativas” Alchourrón [ver Alchourrón, 1969]; a fórmula “Op” representa uma proposição normativa; a fórmula “Op” representa uma norma.

Noção kelseniana: $Op \equiv \neg p \rightarrow OS$ ε $Cn \alpha$ ⁴

[Existe o dever jurídico de fazer p quando a norma “ $\neg p \rightarrow OS$ ” (se ‘não p’, então obrigatório sancionar) pertence (ε) às consequências do sistema jurídico α]

Considerando os diferentes modos de posituação, ambas noções de dever jurídico são irreduzíveis entre si: se relacionam com as duas maneiras distintas em que o legislador formula a base do sistema jurídico.

Os sistemas jurídicos oferecem numerosos exemplos desta variação. Em determinadas situações, os deveres jurídicos decorrem da formulação *standard*, outras vezes se apresentam pela noção kelseniana, e, em certas ocasiões, compreendem ambas as formulações.

Um exemplo de formulação *standard* está no antigo art. 86, inc. 21 da Constituição da Nação Argentina (anterior à reforma constitucional de 1994), o qual estabelecia a obrigação do Presidente da Nação de não se ausentar da sede do governo nacional em Buenos Aires sem a prévia autorização do Congresso (“*El Presidente de la Nación... No puede ausentarse del territorio de la capital, sino con permiso del Congreso*”).

Um exemplo de formulação kelseniana, por sua vez, pode ser encontrado no artigo 79 do Código Penal Argentino, que estabelece a obrigação de não cometer homicídios mediante a atribuição de pena privativa de liberdade, variando entre oito e vinte e cinco anos a quem o cometer (“*Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro...* ”).

D’outro tanto, um exemplo de formulação que engloba ambas as concepções de dever jurídico é oferecido pela lei Argentina n. 11.683 (Procedimento tributário e da seguridade social), em seus capítulos II (“Sujeitos dos deveres impositivos”) e III (“Lançamento e arrecadação de impostos”), na medida em que estabelece as obrigações tributárias dos contribuintes, ao mesmo tempo em que no capítulo VI (“Juros, ilícitos e sanções”) comina diversas formas de sanção para a inadimplência dos deveres estabelecidos anteriormente.

1.2. “Norma Primária” e “Norma Secundária” em Kelsen.

A noção kelseniana de dever jurídico supõe a distinção entre norma primária e secundária. A norma primária é definida pela previsão explícita de sanção a determinada conduta, enquanto a secundária estipula qual é o dever jurídico derivado da norma primária [Kelsen 1960, os. 67 e ss., 129 e ss.].⁵

Kelsen sustenta que os sistemas jurídicos apenas se sustentam a partir de ordens coativas, sendo, portanto, compostos apenas de normas primárias, considerando as secundárias como supérfluas; afirma, inclusive, que as únicas normas jurídicas genuínas são aquelas que estipulam sanções [Kelsen 1960, 38 e ss.].⁶

⁴ A fórmula “ $p \rightarrow Oq$ ” é uma maneira *standard* de representação de normas hipotéticas, onde se correlaciona o caso genérico (“p”) com uma solução normativa (“Oq”). A conexão “ \rightarrow ” é o condicional generalizado que satisfaz as leis lógicas do *modus ponens* deontico, a lei do reforço do antecedente e o silogismo categórico. Sobre o ponto, ver Alchourrón [1988]

⁵ Como ensina Nino [1983, 84 e ss.], a derivação kelseniana da norma secundária em função da norma primária não é uma derivação lógica, mas sim uma derivação por definição do conceito de “dever jurídico”.

⁶ Essa tese kelseniana fora objeto de numerosas críticas, destacando-se aquela que assevera que a tese não engloba a variedade tipológica de normas presentes nos sistemas jurídicos contemporâneos [Hart 1961, e Atienza e Ruiz Manero 1996].

Mas além das fundadas críticas tecidas à tese kelseniana, é certo que dentro do âmbito do direito penal a distinção entre normas primárias e secundárias é de suma utilidade; os códigos penais contemporâneos, em suas partes especiais, não explicitam os deveres jurídicos supostos previamente pelas condutas. Nas palavras de Kelsen:

“Los códigos penales modernos no contienen, por lo común, ninguna norma en las cuales, como en los Diez Mandamientos, se prohíba el matar, el adulterio y otros delitos, sino que se limitan a enlazar ciertas sanciones penales a determinados hechos. Aquí se ve claramente que la norma que establece ‘No debes matar’ es superflua, si existe una norma válida que establezca que ‘Quien mate, será sancionado penalmente’...” [Kelsen, 1960, os. 67/68]

A passagem da norma penal primária ao dever jurídico penal, ocorreria da seguinte maneira:

1. Norma primária: HMC → OS (Se cometido um homicídio, é obrigatório sancionar)
2. Norma secundária: V HMC (Proibido-Vedado cometer homicídio) (Derivação de ‘1’, por definição kelseniana)
3. Dever jurídico: O ¬HMC (Obrigatório não cometer homicídio) (Derivação de ‘2’, por definição de ‘obrigatório’)⁷

As normas primárias e secundárias são normas de obrigação, as quais se distinguem por apresentarem conteúdo e destinatários diferentes.

Ambas estipulam deveres. Seguindo a classificação estabelecida no ponto anterior, a norma primária corresponde à noção *standard* de dever jurídico (obrigação de sancionar explicitamente formulada). Por outro lado, a norma secundária corresponde à noção kelseniana de dever jurídico (obrigação de fazer ou não fazer, derivada da sanção).

Observa-se, assim, que as normas primárias estão dirigidas aos juízes penais, obrigando-os a impor sanções ao observar o preenchimento das condições de aplicação (i.e., ação típica) no transcurso de um processo judicial.

As normas secundárias, por sua vez, dirigem-se aos cidadãos em geral, estabelecendo obrigações de fazer ou não fazer determinada conduta.

1.3. O “Sistema Primário” (do juiz) e o “Sistema Secundário” (do cidadão).

Um subconjunto de normas primárias regula a atividade sancionatória do juiz penal, relativamente a um Universo de Discurso (UD) determinado. Por exemplo, os arts. 89 a 93 do código penal argentino regulam as diferentes sanções penais que devem ser impostas pelos juízes, quando verificam o cometimento de alguma dentre as diversas classes de lesões (leves, graves e gravíssimas; agravadas e atenuadas). Chamarei a este subconjunto de “sistema primário” ou, ainda, “sistema do juiz”.

⁷ As lógicas deónticas *standards* admitem a interdefinição dos caracteres normativos “Obrigatório” e “Proibido” ($Vp \equiv O\neg p$; $V\neg p \equiv Op$) [Alchourrón 1969, Alchourrón e Bulygin 1976, von Wright 1963, Moreso 1997, entre outros].

Um subconjunto de normas secundárias regula a conduta dos cidadãos, afeta a um UD determinado. Por exemplo, diversas disposições contidas no código penal argentino, assim como no código processual penal federal argentino (v.g., arts. 156 e 277, CP e 177, CPP) regulamentam o sigilo profissional, estipulando o dever de silêncio em determinadas circunstâncias (como a relação médico-paciente), enquanto em outras condições - como o conhecimento de uma ferimento decorrente de disparo de arma de fogo - é imposto o dever de divulgação (obrigação de revelar). Tais deveres surgem por “derivação kelseniana”, toda vez que condutas opostas estão correlacionadas com sanções. Chamaremos a este subconjunto de “sistema secundário” ou “sistema do cidadão”.

As relações entre o “sistema do juiz” e o “sistema do cidadão” foram objeto de análise na obra *“Normative System”*, escrita por Alchourrón e Bulygin [1971, p. 211 e ss.], observando a existência de compatibilidade entre ambos os sistemas quando submetidos à condições ideais: a completude e consistência de ambos os sistemas. Conjeturada compatibilidade não se apresenta, porém, ante sistemas normativos patológicos; pontualmente, os autores advertem a existência de indeterminações normativas dentro do sistema do juiz (completo e consistente, *prima facie*) ante a existência de lacunas normativas no sistema do cidadão.

Analisarei, porntualmente, conflitos de deveres jurídico-penais específicos, emergente do delito de favorecimento de credores (art. 176, inc. 3º del cód. penal argentino) e do delito de estelionato mediante a emissão de cheque sem fundos (art. 302, inc. 1º del cód. penal argentino).

2. As normas primárias (o sistema do juiz)

2.1. Art. 176, inc. 3º, do código penal argentino.

*“Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial de 3 a 10 años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude a sus acreedores, hubiere incurrido en alguno de los hechos siguientes:
3º) Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.”*

A norma reprime a violação da *pars conditio creditorum*, princípio inerente tanto ao ordenamento argentino (Ley de concursos y quiebras, n. 24.522), o qual determina que o devedor e os credores devem sujeitar-se às regras estabelecidas no concurso; parte deste postulado implica que o pagamento de dívidas anteriores à instauração do concurso de credores deve ser realizada pelos canais normativamente previstos, os quais supõem moras decorrentes da tramitação processual, acordos globais homologados judicialmente, quitações, parcelamentos etc.

Uma das formas mais comuns de concessão de vantagem indevida a credores consubstancia-se no pagamento total de determinada dívida, desconsiderando-se as normas concursais, a despeito dos direitos dos demais credores.

Para formalizar a norma primária, cabe asseverar os seguintes elementos que antecedem a sanção:

- devedor sujeito às regras do concurso de credores, enquanto em trâmite processo de decretação de falência (DCQ);

- pagamento de dívidas fora das regras concursais (PGR).

Norma Primária: DCQ & PGR → OS [P(2a/6a) & IE(3a/10a)]⁸

(Se um devedor sujeito às regras do concurso de credores, submetido a processo que vise a declaração de sua falência, paga uma dívida desconsiderando as regras concursais, então é obrigatório – ao juiz – impor sanção penal de dois a seis anos de prisão e inabilitação especial de três a dez anos).

2.2. Art. 302, inc. 1º, do código penal argentino.

“Será reprimido con prisión de 6 meses a 4 años e inhabilitación especial de 1 a 5 años, siempre que no concurren las circunstancias del art. 172:

1º) el que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercer o un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonar e en moneda nacional dentro de las 24 horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación.”

Para formalizar a norma primária, cabe isolar os seguintes elementos antecedentes à sanção:

- cheque devolvido sem suficiente provisão de fundos (CHR);
- Pagamento da dívida dentro de 24 horas (cancelamento do) (PGR).⁹

Norma Primária: CHR & –PGR → OS [P(6m/4a) & IE(1a/5a)]¹⁰

(Se emitido cheque sem provisão de fundos ou sem autorização para ser apresentado sem lastro, sem o pagamento posterior da dívida, em 24 horas, é obrigatória a aplicação de sanção penal de seis meses a quatro anos de reclusão e inabilitação especial de um a cinco anos).

2.3. A matriz do sistema primário (do juiz)

NP 176: DCQ & PGR → OS [P(2a/6a) & IE(3a/10a)]

⁸ O leitor poderia objetar o modo em que foram distinguidos os diferentes elementos deste tipo penal, atentando, por exemplo, que a circunstância “DCQ” (ser um devedor sujeito às regras do concurso e em processo falimentar) deve ser desagregada em uma maior quantidade de elementos. Cabe assinalar, a respeito, que nos interessa separar a circunstância “PGR” (pagar por fora das regras concursais) do resto dos elementos deste tipo penal analisado. Sendo certo que o tipo poderia ser desagregado em uma maior quantidade de elementos, tal separação não redundaria em um maior potencial explicativo deste trabalho e, complementarmente, obrigaria a ampliar nosso Universo de Casos, tornando um tanto imanejável a matriz normativa.

⁹ Poder-se-ia objetar que fora utilizada uma mesma simbologia (“PGR”) para a descrição de duas ações que não são idênticas (“pagar por fora das regras concursais” e “pagar o cheque”). Sem embargo, como se verá, em algumas ocasiões se tratará da mesma ação que pode ser descrita de qualquer uma das formas, seja afirmando que houve o pagamento de um cheque, seja afirmando que houve um pagamento fora das regras concursais.

¹⁰ Assim como na norma anterior, a desagregação dos elementos do tipo penal em uma maior quantidade de componentes não aumentaria o potencial explicativo desse trabalho, e tornaria um tanto imanejável a matriz pela expansão do Universo de Casos.

NP 302: CHR & -PGR → OS [P(6m/4a) & IE(1a/5a)]

	DCQ	CHR	PGR	NP 176	NP 302
1	+	+	+	OS [P(2a/6a) & IE(3a/10a)]	
2	+	+	-		OS [P(6m/4a) & IE(1a/5a)]
3	+	-	+	OS [P(2a/6a) & IE(3a/10a)]	
4	+	-	-		
5	-	+	+		OS [P(6m/4a) & IE(1a/5a)]
6	-	+	-		
7	-	-	+		
8	-	-	-		

A matriz demonstra que o sistema primário é consiste, ainda que, *prima facie*, incompleto. Analisarei, em primeiro lugar, os casos do universo de casos (UC) que carecem de solução normativa.

O caso 4) cuida de determinada pessoa sujeita às regras do concurso de credores, que não emitiu cheque devolvido algum e tampouco abonou dívida alguma desrespeitando as regras estabelecidas para o pagamento de dívidas (não houve violação da *pars conditio creditorum*).

O caso 5) cuida de alguém não sujeito às regras do concurso de credores, responsável pela emissão de cheque sem fundos devolvido e que pagou a dívida dele proveniente em 24 horas após a intimação.

O caso 7) apresenta uma pessoa não sujeita às regras do concurso de credores, que não emitiu cheque devolvido algum mas que pagou uma de suas dívidas.

O caso 8) ilustra situação em que alguém, não estando sujeito às regras de concurso de credores, tampouco emitiu cheque devolvido algum e que não pagou qualquer dívida.

Estes quatro são, em um primeiro momento, penalmente atípicos, sendo proibido ao juiz a aplicação de pena – a menos que se verifique a incursão em algum outro tipo penal, que não os aqui analisados. Dessa forma, o sistema se completa, nestes casos, mediante a aplicação do postulado da reserva legal em matéria penal: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.¹¹

Remanesce, porém, a análise dos demais casos previstos dentro do UC, aos quais correspondem obrigações de aplicação de sanções penais.

O caso 1) trata de um devedor sujeito às regras concursais, o qual emitiu um cheque sem fundos e, em seguida, quitou a dívida proveniente do cheque dentro das 24 horas contadas da intimação. Em função da norma N176, ao juiz é obrigatório aplicar a sanção de dois a seis anos de prisão e inabilitação de três a dez anos, devido ao fato de que houve desrespeito ao concurso de credores e, conseqüentemente, violação da *pars conditio creditorum*.

O caso 2) apresenta um devedor sujeito às regras concursais, que emitiu cheque, devolvido sem fundos e não promoveu o pagamento deste dentro das 24 horas após

¹¹ Em um trabalho anterior, analisei detalhadamente o funcionamento metanormativo do princípio da reserva legal em direito penal [Alonso 2006, 136 e ss.].

intimidado. Em função da norma N302, deve ser imposta pena de seis meses a quatro anos de prisão, e inabilitação de um a cinco anos, em razão do não pagamento do cheque.

O caso 3) cuida de devedor sujeito às regras concursais, que não emitiu cheque algum e que pagou alguma dívida fora do concurso de credores. Ao juiz, caberá a aplicação da sanção de dois a seis anos de prisão, e três a dez anos de inabilitação, conforme previsto na norma N176, pela violação da *pars conditio creditorum*.

O caso 6) ilustra a situação em que um devedor, não sujeito às regras concursais, responsável pela emissão de cheque sem fundos, não o quita dentro das 24 horas subseqüentes à intimação. Em função da norma N 302, deverá ser aplicada a pena de seis meses a quatro anos de prisão, e inabilitação de um a cinco anos, pelo cometimento do delito de estelionato.

Efetuada a análise, pode-se afirmar que o sistema primário (do juiz) é consistente (nenhum caso apresenta soluções normativas incompatíveis) e completo quanto à aplicação de sanções penais (havendo tipificação, é obrigatória a imposição de pena imputada ao antecedente; não existindo tipo penal que regule a conduta, é proibido ao juiz aplicar a sanção, em virtude do princípio da reserva legal).¹²

2.4. Os casos 1) e 2) do sistema primário.

O leitor poderá vislumbrar certa problemática inerente aos casos 1) e 2) do sistema primário. Ambos coincidem na medida em que ilustram a situação de um devedor sujeito às regras concursais e que emitiu um cheque devolvido sem lastro. No caso 1), o agente opta por quitar o cheque, devendo ser sancionado em função da norma NP176 (por violação da *pars conditio creditorum*). No caso 2) o agente decide não quitar o cheque, razão pela qual a ele será aplicada sanção pela norma NP302 (não pagar o cheque devolvido dentro das 24 horas após intimado).

Conquanto o sistema primário não aparente problemas, é possível sejam suscitadas dúvidas a respeito de qual seria o dever jurídico do cidadão que se encontra sujeito a esta situação normativa, com relação à conduta de pagar ou não pagar o cheque.

No entanto, o sistema primário não reconhece a existência desta questão, porquanto o Universo de Ações (UA) apenas se reporta ao ato de “sancionar” ou “não sancionar” penalmente, tendo por destinatário o juiz penal. Para elucidar a problemática aventada, acerca da existência de conflitos normativos referentes ao cidadão, imperioso analisar o sistema secundário, em específico nos desdobramentos da ação de “pagar”.

Dentro do sistema primário, a ação de “pagar” integra o Universo de Propriedade (UP); necessário, porém, transferir a ação de “pagar” do Universo de Propriedades (UP) ao Universo de Ações (UA) do sistema secundário: concretamente, o interesse reside na análise do sistema secundário, dentro do qual a ação de pagar será o único elemento do Universo de Ações (UA), de tal forma que será possível delimitar suas diversas caracterizações deônticas.

3. As normas secundárias (o sistema do cidadão)

3.1. Art. 176, inc. 3º, do código penal argentino.

¹² Para as noções de “consistência” e “completude” dos sistemas normativos, pode-se consultar Alchourrón e Bulygin 1971 [100 e ss.].

Norma primária: DCQ & PGR → OS [P(2a/6a) & IE(3a/10a)]

Norma secundária: V (DCQ&PGR)

(Proibido figurar como devedor em processo concursal de credores, quando instaurada ação que vise a decretação da falência e promover o pagamento fora das regras concursais).

Dever jurídico: O ¬(DCQ & PGR)

A norma secundária e o dever jurídico foram obtidos mediante a aplicação da regra de conversão kelseniana; tanto por isso, ambos são categóricos.

No entanto, nosso interesse reside na reconstrução da matriz do sistema secundário, para a qual necessitamos de normas secundárias hipotéticas (e não categóricas); ou seja, normas representadas como enunciados condicionais que correlacionam casos com soluções normativas [Alchurrón y Bulygin 1971, p. 37].

Adquire especial importância a caracterização deontica da ação de “pagar”, visto que o questionamento normativo orbita ao redor de qual seria o dever jurídico daquele que, inserido como devedor em processo concursal, é intimado a pagar cheque devolvido sem provisão de fundos.

Dentro do sistema primário, anteriormente analisado, a ação de “pagar” integra o Universo de Propriedade (UP), configurador do Universo de Casos (UC); enquanto, o Universo de Ações (UA) de referido sistema está limitado à conduta de “sancionar penalmente”. No sistema secundário, porém, a ação de “pagar” passa a fazer parte do UA, propiciando a avaliação das caracterizações deonticas, eventualmente distintas, de referida conduta.

O art. 176, inc. 3º, do cód. penal argentino, assevera que a situação de estar sujeito a concurso de credores não é proibida; a proibição se direciona àquele que, sujeito às normas concursais, viola a *pars conditio creditorum* ao pagar suas dívidas da forma que lhe aprouver. Portanto, o dever jurídico hipotético se transcreveria da seguinte maneira:

Dever Jurídico hipotético: DCQ → O ¬PGR

(Se um devedor estiver sujeito às regras concursais, então está proibido de efetuar pagamentos que desrespeitem estas regras)

3.2. Art. 302 inc. 1º do código penal argentino.

Norma Primária: CHE & ¬PGR → OS [P(6m/4a) & IE (1a/5a)]

Norma Secundária: V (CHR & ¬PGR)

Dever Jurídico: O ¬(CHR & ¬PGR)

A diferença para com o art. 176, a partir do qual estabelecemos que a lei permite a configuração do concurso de credores, reside no fato em que não é possível afirmar que seja permitida a emissão de cheques sem fundos. Sem embargo, firmar um cheque desprovido de lastro, por si só, não é passível de sancionamento penal – não obstante exista a previsão de sanção civil, comercial ou administrativa. No entanto, para a incidência da tutela penal requer-se, ainda, a ausência de pagamento posterior da dívida representada pelo cheque, após a intimação do agente para tanto.

Assim sendo, aquele que tenha emitido cheque devolvido sem fundos, após intimado a pagar, é submetido à obrigação de adimplir a dívida no prazo de 24 horas, de forma a impedir eventual sanção penal a ser aplicada. O dever jurídico hipotético, portanto, seria o seguinte:

Dever jurídico hipotético: CHR → O PGR

(Se emitido cheque devolvido sem fundos, com posterior intimação do emissor, este está obrigado a quitar a dívida representada pelo cheque)

3.3. A matriz do sistema secundário (do cidadão).

NS 176: DCQ → O-PGR

NS 302: CHR → O PGR

	DCQ	CHR	NS 176	NS 302
1	+	+	O-PGR	O PGR
2	+	-	O-PGR	
3	-	+		O PGR
4	-	-		

O caso 4) trata de uma pessoa que não se encontra sujeita a processo concursal e que tampouco lavrou cheque posteriormente devolvido por falta de fundos. O sistema secundário não qualifica deonticamente a conduta de ‘pagar’ porque, como se pode inferir, possui uma lacuna normativa. Devido ao agente não estar cometendo nenhum ilícito (ao menos nenhum dentre os previsto nos arts. 176 e 302), na medida em que não está sujeito às regras concursais e nem emitiu cheque sem fundos, a partir da perspectiva do sistema primário, ao juiz será proibida a aplicação de pena.¹³

O caso 3) trata de alguém que não se encontra sujeito a um processo concursal e que emitiu cheque sem fundos, sendo intimado a pagá-lo. Segundo a norma secundária do art. 302, o agente possui o dever jurídico de pagar o cheque, na medida em que, do contrário, estará sujeito a uma sanção, pelo perspectiva do sistema primário.

O caso 2) apresenta a situação de uma pessoa submetida às regras de um processo concursal, mas que não expediu cheque sem fundos. Segundo a norma secundária do art. 176, seu dever jurídico é de não efetuar pagamento em desrespeito às regras do concurso de credores, cumprindo com a *pars conditio creditorum*.

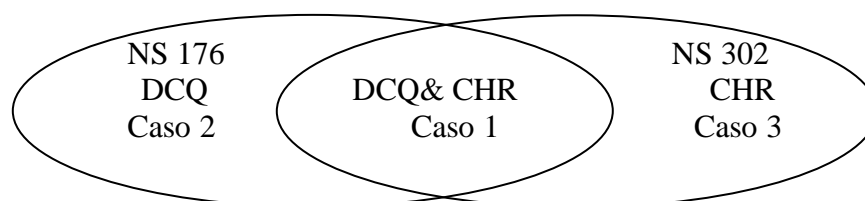
O caso 1) cuida de pessoa sujeita ao processo concursal, responsável pela emissão de cheque sem lastro e que fora intimada à pagar. Segundo a norma secundária do art. 176, existe o dever jurídico de não pagar o cheque (acaso cumprido, violará, porém, a *pars conditio creditorum* e ensejará a aplicação de sanção penal); segundo a norma secundária do art. 302, o agente deverá pagar o cheque (do contrário, estará sujeito a sanção penal). O

¹³ As relações entre os casos do sistema secundário e do sistema primário serão analisadas no ponto 4.

caso 1) do sistema secundário apresenta clara contradição normativa: um conflito entre deveres jurídico-penais.

Com efeito, seguindo a caracterização de Alf Ross [1958, 124 e ss.], o caso 1) do sistema secundário configura típica situação de contradições normativas. Trata-se de duas normas (as normas secundárias dos arts. 176 e 302 do código penal argentino), que possuem inconsistências fáticas “parcial-parcial”, e responsáveis pela regulação da mesma ação do Universo de Ações (UA), isto é, a conduta de “pagar um cheque rechaçado”, de maneira deonticamente incompatível: uma norma (art. 302) obriga o pagamento, enquanto outra (art. 176) o proíbe.

O seguinte gráfico explicita a inconsistência fática “parcial-parcial” atestada:



3.4. Conclusões preliminares: um problema normativo.

O art. 176 do código penal tipifica o delito de favorecimento de credores, impondo pena de reclusão de dois a seis anos e inabilitação especial (para o exercício de função) de três a dez anos. Dentre as diversas condutas enumeradas como constitutivas do delito, analisamos aquela prevista no inc. 3º, que dispõe:

“Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.”

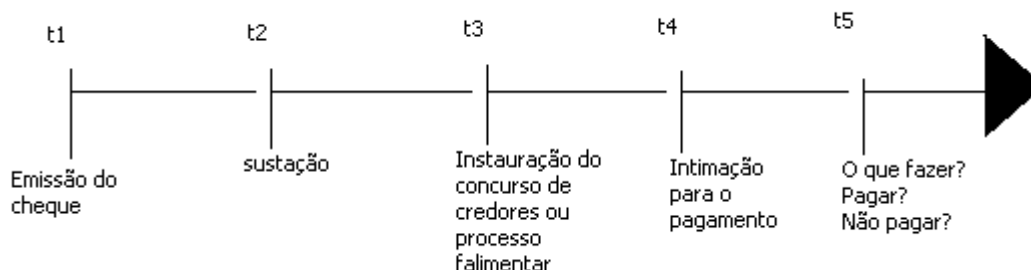
O art. 302 do código penal, por sua vez, tipifica o crime de “emissão de cheque sem provisão de fundos”, impondo pena de prisão de seis meses a quatro anos e inabilitação especial (para ser titular de contas correntes bancárias) de um a cinco anos. Dentre as condutas que se subsumem a esta espécie delitiva, analisamos aquela prevista no inc. 1º, que estabelece:

“El que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercer o un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonar e en moneda nacional dentro de las 24 horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación.”

A concorrência entre ambas previsões típicas pode ser entendida por meio de um simples exemplo: João, comerciante, entrega a Pedro, seu provedor, cheque como pagamento por mercadorias. Pedro deposita o cheque, o qual é devolvido pela ausência de

fundos. Dentro de trinta dias de sua devolução¹⁴, Pedro notifica João para que efetue o pagamento em vinte e quatro horas.

Entre a emissão do cheque e sua devolução e os trinta dias até a intimação de João, este ingressou em processo falimentar: seu patrimônio encontrou-se sujeito à intervenção judicial e administração sindical.¹⁵



Qual seria o dever jurídico a que está submetido João em t5? Deve pagar o cheque, em atenção à norma extraída do art. 302, ou deve não pagar o cheque em atenção à norma do art. 176?

Caso João opte por efetuar o pagamento a Pedro, estará incorrendo no delito de favorecimento de credores, eis que concederia vantagens indevidas a Pedro, que cobraria em detrimento dos outros credores, os quais devem respeitar a espera procedimental estipulada no regime falimentar, devendo peticionar a verificação de seus créditos e aguardar sua identificação e liquidação do patrimônio do falido.

Do contrário, caso João não promova o pagamento, estará incurso no delito de estelionato mediante a emissão de cheque sem fundos, já que não pagou dentro das 24 horas subsequentes à comunicação da devolução do cheque.

4. Comparação entre o sistema primário e o sistema secundário.

Sistema Secundário
(do cidadão)

NS 176: DCQ → O -PGR
NS 302: CHR → O PGR

Sistema Primário
(do juiz)

NP 176: DCQ & PGR → OS
NP 302: CHR & -PGR → OS

¹⁴ A jurisprudência tem oscilado quanto ao término do prazo para a intimação. Durante muito tempo, regeu a doutrina assentada pela jurisprudência do plenário “Wallas” da Câmara Nacional de Apelações em Penal Econômico (C.N.A.P.E., “Wallas, Valentin P.” 27/11/68) que estipulava que o prazo para a intimação era de trinta dias a partir da comunicação da devolução do cheque, porquanto o portador possui trinta dias para efetuar o depósito do cheque, a partir de sua data de vencimento. Recentemente, no plenário “Pereyra” (N.C.C.P., “Pereyra, Alicia N.”, de 28/07/2005) a Câmara Nacional de Cassação em Direito Penal modificou a jurisprudência de “Wallas”, estipulando dois dias após a devolução do cheque como prazo máximo para a intimação.

¹⁵ A dogmática penal vem debatendo que classe de elemento do tipo objetivo seria a declaração de falência. Neste trabalho, sigo Rafecas [2000, os. 98 e ss.] que sustenta se tratar de um elemento do tipo objetivo referente à conduta. Deve ser asseverado que, se o devedor está inserido em uma situação de concurso de credores (não em falência) e paga o cheque sem respeito às regras do concurso, a imputação do delito do art. 176, inc. 3º, código penal argentino, apenas poderá se configurar caso sobrevenha declaração de quebra.

NS 176	NS 302	DCQ	CHR		DCQ	CHR	PGR	NP 176	NP 302
					1	+	+	+	OS
O ¬PGR	O PGR	+	+	1	2	+	+	-	OS
					3	+	-	+	OS
O ¬PGR		+	-	2	4	+	-	-	
					5	-	+	+	
	O PGR	-	+	3	6	-	+	-	OS
					7	-	-	+	
		-	-	4	8	-	-	-	

4.1. Caso 4) do sistema secundário e casos 7) e 8) do sistema primário.

O caso 4) do sistema secundário trata de uma pessoa que não está sujeita às regras do concurso e que não emitiu cheque devolvido sem fundos.

Os casos 7) e 8) são seus correlativos no sistema primário. Em ambos, o agente não está sujeito ao concurso de credores e tampouco emitiu cheque sem fundos. Apenas diferem entre si porquanto, no caso 7), o sujeito efetuou o pagamento de uma dívida, enquanto no caso 8) isso não ocorreu.

O sistema secundário não aponta qualquer dever jurídico para o caso 4); paralelamente, neste mesmo sistema, nenhum dos casos correlativos [7) e 8)] estão vinculados a alguma sanção jurídica. A ausência de violação de dever jurídico do sistema secundário não permite a atribuição de sanção no sistema primário.

4.2. Caso 3) do sistema secundário e casos 5) e 6) do sistema primário.

O caso 3) do sistema secundário cuida de situação em que determinada pessoa, que não está sujeita às regras concursais, emitiu cheque sem fundos, intimado para o pagamento. O sistema secundário impõe ao agente a obrigação de pagar o cheque devolvido, em decorrência da norma N302.

Seus correlativos dentro do sistema primário são os casos 5) e 6). Da mesma forma como se manifesta o caso 3) no sistema secundário, apresentam-se situações em que o agente não está submetido a um concurso de credores, porém, emitiu cheque sem fundos, intimado para saldá-lo.

No caso 5) do sistema primário, há o cumprimento do dever jurídico do caso correlativo do sistema secundário [caso 3)], isto é, houve quitação da dívida; portanto, o sistema primário não determina a aplicação de sanção criminal a este caso genérico [¬DCQ & CHR & PGR].

O caso 6) do sistema primário, por sua vez, apresenta o descumprimento do dever jurídico, ou seja, não há posterior quitação da dívida; em decorrência, o sistema primário estabelece o dever ao juiz de aplicar a sanção correspondente a norma N302, no caso apresentado [¬DCQ & CHR & ¬PGR].

4.3. Caso 2) do sistema secundário e casos 3) e 4) do sistema primário.

O caso 2) do sistema secundário cuida de situação em que uma pessoa que está sujeita às regras concursais não emitiu cheque devolvido sem fundos. O sistema secundário exige-lhe a obrigação de não efetuar pagamentos fora do ordem estabelecida, em outras palavras, o dever jurídico de respeitar a *pars conditio creditorum* em virtude da norma N176.

Seus correlativos no sistema primário são os casos 3) e 4). Da mesma forma, tais casos apresentam hipóteses de sujeição às regras do concurso de credores, sem a emissão de cheque sem lastro.

O caso 4) do sistema primário, porém, indica o cumprimento do dever jurídico proveniente do caso correlato [caso 2)] do sistema secundário; isto é, o não pagamento de uma dívida desrespeitando as regras concursais (respeito à *pars conditio creditorum*), portanto, não há previsão ao juiz de que este caso [DCQ & ¬CHR & §PGR] deva ser sancionado.

O caso 3) indica o descumprimento do dever jurídico proveniente do seu caso correlato no sistema secundário [caso 2)], porquanto houve o pagamento de dívida em desrespeito à *pars conditio creditorum*. Dessa forma, ao referido caso genérico [DCQ & CHR & PGR] é atribuída sanção penal, nos termos da norma N 176.

4.4. Caso 1) do sistema secundário e casos 1) e 2) do sistema primário.

O caso 1) trata de situação em que determinado sujeito está submetido às regras do concurso de credores, tendo emitido cheque devolvido sem fundos, intimado para saldá-lo. Segundo a norma secundária N 176, está presente o dever de não promover o pagamento do cheque (do contrário, violaria a *pars conditio creditorum*); segundo a norma secundária N 302, existe o dever de pagar o cheque sem lastro. Como vimos [item 4.3., supra] este caso apresenta manifesta contradição normativa, um conflito entre deveres jurídico-penais.

Referido embate normativo se traduz ao sistema primário de maneira peculiar: uma vez que o agente se encontre em processo falimentar, submetido às regras do concurso de credores, e emita cheque sem provisão de fundos, intimado a saldá-lo, independente do que fizer (pague, ou não o cheque) estará sujeito à aplicação de uma pena; isso ocorre porquanto qualquer conduta implicará uma violação de dever jurídico.

Acaso efetuado o pagamento, o agente estará inserido no caso 1) do sistema primário [DCQ & CHR & PGR], cumprindo com o dever jurídico extraído da norma NS 302, enquanto viola o dever proveniente de NS 176, razão pela qual será sancionado.

D'outro tanto, a ausência de pagamento configurará o caso 2) do sistema primário [DCQ & CHR & ¬PGR], havendo pleno cumprimento do dever jurídico decorrente de NS 176, mas violando o dever jurídico de NS 302, razão pela qual será sancionado.

4.5. Análise comparativa.

A partir das diversas comparações aqui efetuadas, percebe-se que a possibilidade de aplicação de sanção prevista no sistema primário se relaciona de maneira intrínseca com a existência de um dever jurídico no sistema secundário.

Não existindo dever jurídico no sistema do cidadão (como ocorre no caso 4), não há cominação de pena no sistema do juiz (casos 7 e 8).

Havendo dever jurídico no sistema secundário, haverá a previsão de uma sanção no sistema primário somente em casos de descumprimento do dever jurídico. Assim, o caso 6) do sistema primário prevê sanção porquanto desrespeitada a obrigação de pagar o cheque sem lastro, proveniente do caso 3) do sistema secundário; o caso 3) do sistema primário prevê sanção porquanto descumprido o dever de pagar do caso 2) do sistema secundário.

De forma complementar, os casos 5) e 4) do sistema do juiz não estão vinculados a qualquer sanção, eis que demonstram o cumprimento das obrigações dos casos 3) e 2) do sistema secundário, respectivamente.

Frente ao exposto, pode-se concluir o seguinte:

- a) a sanção penal procede (torna-se obrigatório sancionar) no sistema primário quando existente a violação de determinado dever jurídico do sistema secundário.
- b) A sanção penal não procede (é proibido sancionar) no sistema primário, quando:
 - b1) não há nenhum dever jurídico no sistema secundário.
 - b2) há um dever jurídico no sistema secundário, cumprido pelo agente.

O caso 1) do sistema secundário [DCQ & CHR] merece análise autônoma, eis que carrega em si manifesto conflito de deveres. Pela índole do embate, independente da conduta praticada pelo agente, haverá alguma violação a um dos deveres jurídicos impostos. Por tal razão os casos correlatos do sistema primário [casos 1) e 2)] estão vinculados à sanções penais, porquanto sempre haverá violação de dever jurídico. O agente sujeito ao caso 1) do sistema secundário não possui meios de evitar ser sancionado.

5. Condenação ou absolvição?

O conflito de deveres jurídicos, ao nível do sistema secundário, posiciona aquele que emitiu cheque devolvido sem lastro e foi submetido às regras de um concurso de credores em uma paradoxal situação normativa: haverá condenação criminal, independente de suas ações, pagando ou não o cheque.

Entretanto, tal conflito não é aparente quando visto sob a ótica do sistema primário. O juiz apenas se encontrará diante de duas possíveis situações:

- a) havendo o pagamento do cheque, o juiz deverá prolatar decreto condenatório pela violação da *pars conditio creditorum*, em função do art. 176 do código penal argentino (delito de favorecimento de credores).
- b) não havendo o pagamento, o juiz deverá condenar o arguido pelo cometimento do crime previsto no art. 302 do código penal argentino (estelionato mediante cheque).¹⁶

¹⁶ O conflito apresenta, ademais, uma curiosidade acerca da competência: para o delito de favorecimento de credores, é competente o foro criminal ordinário; para o delito de estelionato mediante a emissão de cheque sem fundos, é competente o foro penal econômico. Esta curiosidade competencial apenas ocorre no território da Cidade Autônoma de Buenos Aires, mas não nas demais jurisdições territoriais da República Argentina (Lei n. 14.831).

Seria possível sustentar que, não obstante a aparente completude do sistema normativo do juiz, não é possível ignorar a conflituosidade vislumbrada no sistema do cidadão; dito de outra forma, ao sentenciar, o juiz deverá se ater a todas as circunstâncias normativas (primárias e secundárias) que se relacionam com a conduta do réu.

Desta forma, e face à situação apresentada, a prolação de sentença neste caso apresenta o seguinte espectro de alternativas normativas:

- I) Condenação em qualquer hipótese;
- II) Condenação por um dos crimes imputados e absolvição com relação ao outro.
 - a) prevalência do delito do art. 176 do código penal argentino: condenação caso o agente efetue o pagamento do cheque e absolvição caso o agente se abstenha de pagar.
 - b) prevalência do delito do art. 302 do código penal argentino: condenação caso o agente se abstenha de pagar e absolvição caso efetue o pagamento.
- III) Absolvição em qualquer hipótese.

5.1. A condenação em qualquer hipótese.

Nesta hipótese, o juiz cumpre com as exigências normativas que derivam do sistema primário, desconsiderando o conflito aventado no sistema secundário; o sistema do cidadão assume posição irrelevante para se avaliar as obrigações do magistrado.

Nesta ótica, a sanção penal procederá em decorrência das ações, voluntárias, que levaram o agente à situação de conflito de deveres, estando submetido a processo falimentar, instaurado o concurso de credores e ter sido intimado para efetuar o pagamento do cheque emitido sem provisão de fundos. Assim, pagar ou não o cheque se apresenta como elemento irrelevante; a partir deste momento, a atuação do agente implicará, sempre, uma sanção penal.

Dessa forma, as normas primárias originais permitem a derivação de uma nova norma primária, que estabelece condições peculiares para a procedência de uma sanção penal:

NP 176: DCQ & PGR → OS

NP 302: CHR & ¬PGR → OS

NP': DCQ & CHR & (PGR v ¬PGR) → OS

O parêntesis "(PGR v ¬PGR)" configura uma tautologia dispensável. Portanto:

NP'': DCQ & CHR → OS

(Se um devedor, sujeito às regras concursais, tiver emitido cheque devolvido sem fundos e intimado para o pagamento, é obrigatória a imposição de sanção penal).

A norma secundária seria a seguinte:

V (DCQ & CHR)

(Está proibido ser intimado para o pagamento de cheque sem fundos enquanto sujeito às regras do concurso de credores).

Esta hipótese estabelece a exigência de que o agente preveja e, conseqüentemente, evite a configuração da situação de se encontrar sujeito às regras concursais e ao mesmo tempo ser intimado para o pagamento de um cheque devolvido sem provisão de fundos. Acaso configurada, ensejará condenação criminal, seja pelo art. 176 do código penal argentino (por pagar o cheque), seja pelo art. 302 do código penal argentino (por não pagar o cheque).

Entendo que esta solução para o problema analisado é de todo improcedente, por diversas razões.

Em primeiro lugar, a criação de novo tipo penal [(DCQ & CHR & (PGR v -PGR)] torna irrelevante um elemento essencial a cada um dos tipos penais que lhe deram origem: o pagamento do cheque por fora das regras concursais.

Nos tipos originários, a ação de pagar é um elemento submetido ao âmbito de liberalidade, ao domínio, do agente.

No crime de favorecimento de credores (art. 176, código penal argentino), ao agente é dado pagar ou não dentro das regras do concurso de credores, de forma que a punição recai sobre a escolha de efetuar o pagamento em violação à *pars conditio creditorum*.

Quanto ao delito de estelionato mediante a emissão de cheque sem fundos (art. 302, código penal argentino), o agente pode ou não pagar o cheque devolvido sem fundos e intimado para saldá-lo, e será punido na medida em que, detendo pleno domínio sobre a ação de pagar ou não, decide não efetuar o pagamento.

Em contraponto, o novo tipo penal, resultante da interação entre os dois crimes analisados, exclui do âmbito de decisão do agente uma ação que, em relação aos demais crimes, estava sujeita a sua liberalidade.

A doutrina penal é relativamente unânime ao sustentar que, quando um elemento do tipo escapa do domínio do agente, não é possível que o crime seja a ele imputado, afastando a tipicidade objetiva.

“La tipicidad objetiva presupone la existencia de un sujeto con la posibilidad objetiva de dominar el hecho (dominabilidad), pues de lo contrario no puede concebirse una autoría dolosa.”[Zaffaroni, Alagia&Slokar 2000, p. 509]

“De esta manera¹⁷... se logra que la responsabilidad penal no pueda abarcar más que la capacidad del hombre de conducir y **dominar** los cursos causales.” [Stratenwerth 2005, 151] (grifei)

Enquanto a doutrina penal se ocupa de analisar cenários hipotéticos onde a ausência de *dominabilidade* decorre de razões fáticas¹⁸, nada obstaria que, como no caso apresentado, a indominabilidade seja fruto de razões normativas. Com efeito, se a

¹⁷ Aqui Stratenwerth se refere à teoria da adequação, sustentando que a melhor técnica para explicar e fundamentar a possibilidade de imputar um resultado típico a um agente.

¹⁸ “El caso del pariente enviado al monete con la esperanza de que lo mate un rayo no se debe resolver por ausencia de dolo, sino por ausencia de tipicidad objetiva, dado que no existe una causalidad dominable como requisito básico del tipo objetivo...” [Zaffaroni, Alagia, Slokar 2000, 509]

dominabilidade dos elementos típicos seja condição para a imputação de crimes dolosos, então sua ausência (por questões fáticas ou normativas), acarretaria a mesma consequência: a atipicidade.

Em segundo lugar, e como consequência do asseverado, a composição de um novo tipo penal apresenta grave violação do princípio da legalidade [Ferrjoli 1989, 375 e ss.], toda vez que a conduta proibida [V (DCQ & CHR)] não estiver descrita por uma norma penal explicitamente formulada. Ademais, o novo crime surge por derivação de dois tipos penais encarregados da tutela de bens jurídicos de índole bastante distinta (a propriedade, no delito de favorecimento de credores, e a fé pública no caso do estelionato mediante a emissão de cheque sem fundos).

A relação entre a derivação de normas e o princípio da legalidade merece algum esclarecimento.

A derivação lógica de uma norma (norma derivada) de outra explicitamente formulada é um procedimento usual na ciência jurídica. A partir da proibição de emitir cheque sem fundos, decorre a proibição de se emitir quaisquer modalidades de cheques sem fundos (*de caja, de pago al día, post datado, de pago diferido*), a menos que alguma outra norma (explícita ou derivada) excepcione alguma possível constatação lógica (como, por exemplo, a lei argentina n. 24.452, que seu artigo 6º excetua o delito do art. 302, inc. 1º do código penal argentino aos cheques *de pago diferido*).

Este tipo de derivações lógicas (no caso, fruto da lei do reforço antecedente e do princípio da exemplificação universal) não comprometem o princípio da legalidade penal. Pelo contrário, referido princípio se concretiza, nos casos concretos, quando extraídas conclusões práticas com o acatamento às regras da lógica e da argumentação racional.

No entanto, a derivação do novo tipo penal [(DCQ & CHR)] dos tipos originários, é uma consequência de tipo paradoxal¹⁹. Esta depende de vários fatores peculiares: da concorrência de diversas condições fáticas particulares (ver ponto 3.4.); de duas normas canonicamente distantes, que tutelam bens jurídicos de índoles diversas e cuja confluência acarreta na transformação de elementos anteriormente dominados pelo agente em circunstâncias que escapam à sua liberalidade (concretamente, a ação de pagar ou não o cheque).

Necessário atentar que as normas originárias protegem bens jurídicos distintos. A de favorecimento é responsável pela tutela do patrimônio dos credores. A emissão de cheque sem fundos, porém, lesiona a fé pública. No delito de favorecimento de credores, o pagamento realizado em contraposição às normas concursais é crucial, assim como é o não pagamento do cheque no delito de estelionato. O novo tipo resultante suprime o elemento central de ambos seus tipos de origem (pagar ou omitir-se), gerando um novo tipo incompreensível, especificamente quanto à qual bem jurídico está sendo tutelado.

O princípio da legalidade penal requer clareza na transmissão da mensagem legislativa, em relação a quais condutas são proibidas, de tal forma que qualquer cidadão seja capaz de guiar suas ações de acordo com as exigências normativas. Ferrajoli vincula a necessidade de clareza e precisão na formulação de tipos penais ao que ele denomina de “princípio da legalidade estrita” [Ferrajoli 1989, 35/36, 375 e ss.]:

¹⁹Um exame sobre as consequências paradoxais em âmbito normativo pode ser encontrado em Moreso 1997 [p. 57/74]. O autor analisa consequências implausíveis que surgem de certas regras de introdução de conectivos lógicos (como a disjunção), propondo uma “lógica *plus* relevância”, na qual as regras clássicas da lógica deôntica se agregam a critérios de relevância para eliminar consequências paradoxais. Também pode-se consultar Guarinoni 2000 [p. 208 e ss.].

“... el principio de estricta legalidad no admite ‘normas constitutivas’, sino sólo ‘normas regulativas’ de la desviación punible: por tanto, no normas que crean o constituyen ipso iure las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino sólo reglas de comportamiento que establecen una prohibición, es decir, una modalidad deóntica cuyo contenido no puede ser más que una acción respecto de la que sea alécticamente posible tanto la omisión como la comisión, una exigible y la otra no forzosa y, por tanto, imputable a la culpa o responsabilidad de su autor .” [Ferrajoli 1989, p. 35]

Em terceiro lugar, cabe rechaçar a afirmação de que o sistema secundário seria irrelevante para o juiz, e que este deve se guiar exclusivamente pelo delineamento normativos do sistema primário.

O direito penal avalia condutas humanas tendo por escopo determinar a procedência de uma sanção penal; face a uma ação típica, o juiz deve analisar suas razões, circunstâncias e condicionantes que confluíram para que o agente cometesse um delito.

Desta forma, não seria possível excluir dessa análise o sistema secundário, especialmente quando este submete o sujeito à exigências normativas que não podem ser cumpridas simultaneamente, de forma que sua decisão de infringir um ou outro dever jurídico pode estar vinculada com a situação de perplexidade normativa aventada.

Um conflito de deveres jurídicos pode influir para que um agente cumpra uma obrigação em detrimento de outra, porque considera – com ou sem razão – que esta prevalece sobre as demais. Caso o agente tenha escolhido cumprir com determinado dever juridicamente superior, sua ação típica estará justificada²⁰.

“No actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si sólo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor.” [Roxin, 1997, 672]

Contrariamente, Zaffaroni [2000, 496 e ss.] considera que o cumprimento de um dever não é uma causa de justificação que elimina a culpabilidade, mas sim uma causa de atipicidade por ausência de antinormatividade.

Em sua proposta de tipicidade conglobante, o autor afirma que ainda que uma conduta se subsuma a um tipo penal formalmente considerado, caso esta conduta pressuponha o cumprimento de um dever jurídico emergente de outra norma do sistema não existiria violação à ordem normativa, considerada em sua integralidade. Não existindo antinormatividade, não existiria, por consequência, tipicidade.

“La antinormatividad no se comprueba con el mero choque de la acción con la norma deducida del tipo, sino que requiere la consideración conglobada de ésta con las deducidas de los otros tipos penales.” [Zaffaroni 200, 497].

²⁰ O cumprimento de um dever é uma causa de justificação expressamente prevista pelo art. 34, inc. 4º do código penal argentino.

Seguindo a posição de Zaffaroni, havendo cumprimento de um dever jurídico de menor hierarquia movido pela crença de que se tratava de bem jurídico de valor superior, o agente estará incorrendo em erro de tipo.

A doutrina dominante, em oposição, sustenta que em caso de cumprimento com dever jurídico de hierarquia inferior, acreditando tratar de bem jurídico de maior importância, o agente haverá incorrido em erro a respeito da existência de uma causa de justificação, o que acarretaria na exclusão ou atenuação de sua culpabilidade, dependendo da invencibilidade ou vencibilidade de sua representação [Cfr. Roxin 1997, 892].

Desta forma, independente da posição doutrinária aderida com relação ao cumprimento de um dever, é certo que, configurado um conflito normativo, a condenação por qualquer imputação não se demonstra cabível. Deverá ser determinado qual dos deveres é hierarquicamente superior; em seqüência, a condenação apenas será possível com relação a um dos tipos penais, especificamente, aquele que infrinja dever jurídico de valor mais expressivo, enquanto cumprido o dever inferior, exceto quando constatada a incursão, pelo agente, em erro quanto à valoração das normas em conflito.

Ainda assim, remanesce a possibilidade de que não seja possível determinar a hierarquia entre os deveres jurídicos em conflito.

5.2. A condenação por uma imputação e absolvição pela outra.

Conforme asseveramos, o sistema secundário sujeita o agente a dois deveres jurídicos incompatíveis, simultaneamente:

- o dever de pagar o cheque;
- o dever de não pagar o cheque (respeitar a *pars conditio creditorum*)

Sustentar que um dos deveres é superior ao outro levará à afirmação de que será adequada a condenação daquele que infringir o dever hierarquicamente superior.

Na hipótese de que o dever de quitar a dívida do cheque sempre prevalece sobre o regime falimentar, ao agente sempre será exigido o pagamento em detrimento da *pars conditio creditorum*. No entanto, caso o agente não promova o pagamento, por acreditar que as regras do concurso de credores apresentariam maior importância, restará caracterizada a incursão em erro de proibição (segundo a doutrina majoritária), o que, caso invencível, ensejaria a impunidade (ao excluir a culpabilidade) e, se vencível, atenuaria a pena.^{21 22}

A mesma situação decorre do argumento de que o processo falimentar possui maior relevância do que a quitação do cheque.

Existe uma posição doutrinária, bastante difundida, segundo a qual em casos de conflitos de deveres sempre um prevalecerá sobre o outro. Em outras palavras: todo conflito de deveres é meramente aparente, porquanto uma utilização adequada da hermenêutica jurídica é capaz de apontar qual o valor preponderante:

²¹ Estas consequências da invencibilidade ou não do erro de proibição são defendidas pela doutrina majoritária [i.e., Roxin 1997, p. 892 e ss.; Stratenwerth 2005, págs. 295 e ss.]. A doutrina distingue tipos de erro de proibição, dentro dos quais se inclui o erro sobre a existência de uma causa de justificação, também chamado de erro de tipo permissivo ou erro de proibição indireto [cfr. Roxin 1997, p. 871 e ss.].

²² Uma situação de erro invencível seria aquela mediante a qual se acredita que o agente consultou a um especialista (um advogado, por exemplo) que o aconselhou a atuar de determinada maneira. Se o agente não se consultou com um especialista, quando poderia tê-lo feito, estaríamos diante de uma situação de erro de proibição vencível.

“...al considerarlo como causa de atipicidad y, por lo tanto, como problema de normatividad y no de antijuridicidad, todas las colisiones de deberes que puedan plantearse son falsas o aparentes. Lo real es que en una situación concreta dos deberes pueden enfrentarse de modo que ninguno de ambos pueda satisfacerse sin la lesión del otro; pero en lo normativo, siempre un deber limita al otro o debe ser preferido al otro.” [Zaffaroni 2000, 497]

Seguindo esta posição, deve ser analisado qual dos deveres conflitantes prevalece sobre o outro.

Uma primeira maneira de determinar isto reside na análise da pena atribuída a um ou outro tipo penal, afirmando-se assim que a conduta punida mais severamente deverá prevalecer sobre as demais, eis que se encontra mais intensamente tutelada pelo sistema penal. Exemplificando este raciocínio, seria possível afirmar que o dever de “não matar” adquire maior importância do que o dever de “não danificar o patrimônio”²³, porque ao primeiro é cominada pena mais elevada que ao segundo.

Nesta linha de pensamento, seria sustentável o argumento de que como a pena do delito de favorecimento de credores no ordenamento argentino (de dois a seis anos) é superior àquela prevista para o estelionato, dentro do mesmo sistema normativo (de seis meses a quatro anos), então deve ser cumprido o dever jurídico mais fortemente protegido, isto é, o respeito à *pars conditio creditorum*.

Não é, contudo, um argumento determinante. Seguindo o exemplo anterior, não é cabível a afirmação de que “não matar” seria mais importante do que “não danificar o patrimônio” porque o primeiro está mais severamente penalizado do que o segundo, mas sim o contrário: a vida, por ser mais importante que patrimônio, justifica a imposição de pena maior para aquele que mata do que para quem danifica bens de outros.

Por outro lado, a importância de um bem jurídico nem sempre está relacionada com a pena atribuída a sua lesão, já que muitas vezes existem formas de proteção alheias à seara penal que asseguram a integridade do bem jurídico importante de maneira alternativa à justiça criminal:

“Hay muchos bienes jurídicos susceptibles de estado de necesidad, como el derecho general de la personalidad o el patrimonio, que no están protegidos penalmente, sino sólo frente a determinadas formas de agresión; y en tales casos la pena prevista en el ámbito de la protección penal no permite extraer una conclusión segura sobre el valor del bien jurídico, puesto que la misma está esencialmente co-determinada por las modalidades de ataque. Pero en los casos en que no hay una conminación penal, a menudo ello no se debe al escaso valor del bien jurídico, sino a la subsidiariedad del derecho penal, o sea que el legislador cree poderlo proteger suficientemente de otro modo”. [Roxin 1997, 683/684]

²³ No caso “Martinez, José Augustin s/ roubo qualificado” de 06/06/1989, a C.S.J.N. sustentou que a pena para o delito de roubo de automóveis com o emprego de arma de fogo (de nove a vinte anos) do velho decreto N. 6.582/58 era inconstitucional porque, ao impor uma pena mínima maior que a do homicídio (oito anos) violava o princípio da proporcionalidade das penas, já que o bem jurídico “vida” seria mais importante que o bem jurídico “patrimônio”.

Ademais, as diferenças entre as escalas penais dos delitos analisados (o de favorecimento de credores e o de estelionato) não são significativas; de fato, compartilham grande parte da variação de suas penas, situação que debilita ainda mais o argumento.

Face à relativa equivalência entre a variação das penas abstratamente cominadas, ganha maior relevo a busca por argumentos independentes que estabeleçam que regime seria mais importante, desapegando-se da concepção da pena como reflexão da proteção dispensada a determinado bem jurídico.

Intuitivamente, seria possível afirmar que o delito de favorecimento prevalece sobre o de estelionato, consideradas as características do processo concursal: trata-se de processo universal, em que todos os credores concorrem em igualdade²⁴, cujo propósito central é garantir a cobrança equitativa das dívidas. São estes princípios, sintetizados através do adágio *pars conditio creditorum*, que a norma busca tutelar.

“... dado que el objeto de ataque del comportamiento típico de la quiebra fraudulenta , por su naturaleza peculiar, sólo puede ser el patrimonio del sujeto deudor, en tanto acervo de garantías de los acreedores en su conjunto, es que la doctrina ha avanzado un poco más en la delineación del bien jurídico específico a estos delitos: dentro de los delitos contra la propiedad, se protege entonces el derecho de los acreedores a percibir sus créditos del patrimonio del deudor en tanto prenda común, frente a determinadas acciones idóneas para menoscabar el bien jurídico...” [Rafecas2000, 50/51]. (La cita en cursiva es de Fontán Balestra [1975, 162]).

Nesta quadra, a intimação para o pagamento de cheque sem provisão de fundos cederia quanto conflitasse com o regime da falência, exigindo-se que o portador do cheque se sujeite às regras do concurso, tal como os demais credores.

Ainda assim, poder-se-ia argumentar que a lei de concursos e falências não estabelece privilégios para os portadores de cheques e que, mesmo os credores mais privilegiados (como aqueles com garantias hipotecárias), devem sujeitar-se ao regime concursal, respeitando os prazos estipulados pelo juiz do concurso, bem como nenhum credor, sequer os de maior privilégio, possuem vias tão expeditas de cobrança, como ocorre na intimação para quitação de cheque sem fundos dentro de 24 horas.

Em contraponto, surge o argumento de que enquanto o bem jurídico tutelado pelo delito de favorecimento é o patrimônio, o delito de estelionato mediante a emissão de cheque desprovido de lastro engloba a fé pública e que, por essa razão, a comparação efetuada anteriormente seria improcedente.

Com efeito, não é o patrimônio que é tutelado pelo crime de estelionato, mas sim a transparência e previsibilidade do mercado de títulos circulatórios. Nas palavras de Borinsky:

“... las sanción del art. 302 del C.P. se sustentó en el propósito de rodear al cheque “... de garantías y restablecer su valor como

²⁴ O regime de privilégios estabelecido pela lei de concursos e quebras mantém a ideia de igualdade entre credores, porquanto assegura a igualdade entre aqueles com privilégios iguais.

instrumento especialmente precioso para las transacciones comerciales, a los efectos de que pudiera cumplir efectivamente la función sustitutiva de la moneda...” , es decir, que lo que se tutela por el tipo penal en cuestión es la confianza pública en un documento que supone “la existencia de dinero expedito” o, en otros términos. “... la confianza en instrumentos de valor pecuniario a los cuales debe ir unida la más estrecha garantía de inmediata realización.” [Borinsky 2004, 250/251]²⁵

Sendo assim, não seria adequada a análise partindo da concepção de que o portador do cheque seja mais um credor, considerando que a proteção penal recai sobre a previsibilidade do mercado financeiro e do uso de uma moeda substitutiva – bem jurídico que se encontraria afetado com a mera devolução do cheque (não com o pagamento do crédito) e seu subsequente descrédito como título circulatório. Neste sentido, um cheque sem fundos se assemelha mais com a introdução em circulação de moeda falsa do que ao inadimplemento de uma dívida contraída; de fato, a utilização de simulacros de cédulas de dinheiro lesiona o mesmo bem jurídico que o delito analisado: a fé pública.

A questão, dessa forma, reside no fato de que estamos frente a dois delitos que tutelam bens jurídicos de índole distinta. O crime de favorecimento de credores protege o patrimônio do devedor como garantia comum aos seus credores. O crime de estelionato mediante a emissão de cheque sem lastro protege a fé pública e, pontualmente, a previsibilidade e confiabilidade do mercado financeiro de títulos circulatórios substitutivos da moeda de circulação legal.

São bens jurídicos diferentes dos quais se extraem princípios diferentes (a propriedade, por um lado; o livre mercado, por outro), dificultando, quiçá impossibilitando, a determinação de qual deve prevalecer em detrimento do outro.

Isso nos leva à terceira alternativa: a absolvição em qualquer hipótese.

5.3. A absolvição em qualquer caso.

A partir da análise efetuada no ponto anterior, desponta a constatação de que, na imposição concomitante do dever de pagar o cheque e o dever de não pagar o mesmo cheque, respeito a *pars conditio creditorum*, não é possível determinar qualquer escala de hierarquia e relevância que delimite qual deverá prevalecer.

Tratando-se de deveres jurídicos equivalentes, não há como sustentar que o agente estará sujeito a uma sanção penal.

Apesar de sua posição a respeito de sempre ser possível estabelecer a preponderância de um dever jurídico, Zaffaroni deveria sustentar que a conduta do agente, pagando ou não o cheque, seria atípica, pela análise conglobante da tipicidade.

“Cuando a partir de un tipo se llega a una norma que aparece prohibiendo hacerlo que el otro tipo prohíbe omitir, es claro que existe una aparente contradicción que debe resolverse mediante la interpretación adecuada de ambas normas para establecer cuál prevalece. Es inadmisibile que el poder punitivo pueda ejercerse a

²⁵ Na citação de Borinsky, este faz referência a Nuñez [1952, p. 636] e a Soler [1945, p. 383]

través de tipos que contienen normas que desorientan al habitante porque, dada su contradicción, no puede saber qué es lo prohibido; o, porque, cualquiera sea su conducta, siempre será prohibida” [Zaffaroni 2000, 496].

Nesta linha, se um conflito de deveres não apresenta solução para o agente (porque, faça o que fizer, sua conduta sempre será proibida), então qualquer que seja a conduta realizada, deverá ser concluída a improcedência da ação penal pela atipicidade conglobante, decorrente da inadmissibilidade que o poder punitivo imponha aos cidadãos situações de perplexidade normativa.

Zaffaroni, porém, não sustenta esta posição, porquanto assume como axioma do sistema penal a necessária consistência (ausência de contradições) dos deveres jurídicos: seja pela existência de uma boa técnica legislativa, seja pela existência de uma boa hermenêutica jurídica.

Está claro que a consistência, da mesma forma que a completude, é uma característica ideal dos sistemas normativos [Alchourrón e Bulygin 1971, 230 e ss.] no entanto, por se tratar de característica contingente, não é possível sua dedução *a priori*. É possível a existência tanto de sistemas normativos consistentes como inconsistentes, ou tanto completos como incompletos.²⁶

Ainda assim, em casos de conflitos insolucionáveis entre deveres jurídicos, não é necessário, como assevera Zaffaroni [2000, 496], que o juiz deva declarar a inconstitucionalidade de um dos tipos contestados. Ao juiz cabe apenas determinar que, ao haver cumprido com algum dos deveres impostos, então não existiria antinormatividade, logo, é atípica, a partir de uma análise conglobante, a conduta do agente, seja porque cumpre com um devedor, seja porque cumpre com outro.

A doutrina dominante não entende a colisão de deveres como um problema de tipicidade, mas sim como um problema que oscila entre a falta de antijuridicidade (porque existiria uma causa de justificação – o estado de necessidade justificante) ou a ausência de culpabilidade (por inexigibilidade de uma conduta conforme o direito – o estado de necessidade exculpante).

Aqueles que sustentam ser um problema de culpabilidade entendem que o cumprimento de um dever apenas elimina a antijuridicidade na medida em que este dever seja superior ao não cumprido.

Em contraponto, face a deveres jurídicos equivalentes, afirma-se que o sujeito atua sempre de forma antijurídica, independente de sua escolha sobre qual dever cumprir; para o ordenamento jurídico, o cumprimento de um dever é igualmente importante quanto o cumprimento do outro, pelo que não é possível provar qualquer hierarquia entre estes.

Roxin critica esta posição (que segundo o autor seria defendida por Mezger e Jescheck [ver Roxin 1997, 726]), sustentando que:

“... aunque es cierto que el juicio de antijuridicidad no presupone necesariamente que el que actúe antijurídicamente pudiera comportarse jurídicamente. (...) para poder juzgar como antijurídica una conducta, al menos ha de haber existido la

²⁶ Em um trabalho anterior, analise detidamente como a completude e a consistência são características contingentes, não necessárias, de todos os sistemas jurídicos [Alonso 2006, 112 e ss., 125 e ss.]

alternativa teórica de una conducta conforme a Derecho. El ordenamiento jurídico sólo puede desaprobado jurídicamente y calificar como incorrecta una conducta, si puede decir qué es correcto y por tanto qué se hubiera “debido hacer”. Donde no haya un camino correcto y por tanto no se pueda constatar un fallo en la conducta, sólo se podrá censurar al destino y no al ser humano sujeto al mismo; pero el destinatario de la norma es solamente el ser humano y no el destino.” [Roxin 1997, 726/727].

Entendo que a análise de Roxin se ajusta adequadamente ao problema normativo exposto.

O pai de dois filhos que, em um naufrágio, deve optar entre salvar um ou outro, atua de forma antijurídica (ainda que sem culpabilidade) quanto ao filho que não for salvo, porque, ainda que não exista a possibilidade fática de salvar ambos, há a possibilidade teórica; sua ação será antijurídica quanto ao filho sacrificado, mas não será culpável pela impossibilidade fática de se atuar conforme o direito. Caso fosse apresentada a possibilidade fática de salvar a ambos, optando o pai por apenas resgatar um de seus filhos, então sua ação com relação ao outro filho será antijurídica e, também, culpável.

No caso analisado, o agente não possui a possibilidade teórica de satisfazer ambos deveres jurídicos, porquanto um dever (o de pagar) é a precisa negação do outro (o de não pagar). Por tanto, não há possibilidade teórica normativa de satisfazer ambos deveres jurídicos concomitantemente, como existia no caso do pai que deve salvar seus filhos.

Por isso, na medida em que o agente se encontra inserido em uma situação de conflito normativo entre o dever de pagar o cheque e o dever de se abster de promover o pagamento (respeitar a *pars conditio creditorum*), nunca estará atuando antijuridicamente.

Em conclusão, independente de sua conduta (isto é, pagar ou não o cheque), o agente jamais poderá ser submetido a uma sanção penal, pela ausência da antijuridicidade.

Isso é tudo.