

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA – UNICURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA**

FERNANDO MARTINS MARIA SOBRINHO

**O INSTITUTO DO ERRO NOS CRIMES ECONÔMICOS QUE CONTÊM TÉCNICAS
DE REENVIO**

CURITIBA

2016

FERNANDO MARTINS MARIA SOBRINHO

**O INSTITUTO DO ERRO NOS CRIMES ECONÔMICOS QUE CONTÊM TÉCNICAS
DE REENVIO**

**Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção de título de Mestre junto ao Programa
de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania,
do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.**

Orientador: Prof. Dr. Fábio André Guaragni

**CURITIBA
2016**

FERNANDO MARTINS MARIA SOBRINHO

**O INSTITUTO DO ERRO NOS CRIMES ECONÔMICOS QUE CONTÊM TÉCNICAS
DE REENVIO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre junto
ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, do Centro
Universitário Curitiba – UNICURITIBA, pela Banca Examinadora formada pelos
Professores.

Orientador:

Professor Doutor Fábio André Guaragni

Membro Interno:

Professor Doutor Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini

Membro Externo:

Professor Doutor Rodrigo Sanchez Rios

Curitiba, de

de 2016.

Aos meus pais, Inaura e Fernando Antonio, com profunda gratidão. Não só por sempre acreditarem em mim, mas por transformarem meus sonhos em vossos.

À Marcela, esposa querida, por acompanhar com muita serenidade e parceria todos os passos da minha pesquisa.

Aos meus irmãos, Fellipe e Ana Carolina, dos quais tenho muito orgulho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha grande amiga e maior incentivadora nesse início de empreitada acadêmica, Prof.^a Dra. Glenda Gondim, que tanto contribuiu para o passo mais importante da minha pesquisa, o primeiro.

Agradeço também ao meu orientador Prof. Dr. Fábio André Guaragni, que além de disponibilizar seu tempo, esteve sempre disposto a debater os temas tratados nesta pesquisa, compartilhando comigo, durante todos esses longos anos de convivência, seu vasto e inesgotável conhecimento na matéria do direito penal.

Gostaria de agradecer também ao Prof. Dr. Rodrigo Sanchez Rios e ao Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini pela participação na banca de qualificação, com apontamentos e sugestões que foram imprescindíveis para o desenvolvimento da pesquisa.

Agradeço ainda ao Prof. Dr. Guilherme de Oliveira Andrade, que mesmo semanas antes de defender sua tese de doutorado nunca recusou um auxílio (sempre enriquecedor) para o deslinde deste trabalho.

No decorrer da elaboração da pesquisa tive o privilégio de receber o apoio ainda da Prof.^a Dra. Priscilla Plachá de Sá e da Prof.^a Renata Ceschin Melfi de Macedo, pessoas pelas quais tenho um apreço muito grande não só pelas conquistas acadêmicas e profissionais, mas também pelo caráter e combatividade na profissão, o que me serve de exemplo para carreira.

Agradeço à colega de jornada, Prof.^a Tatiana Denczuk que tornou os dois anos de curso muito mais agradáveis.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha colega de escritório, Natália Fragoso Maria Sobrinho, que além de ser minha prima, conseguiu conduzir com maestria as atividades do escritório ao longo dessa pesquisa.

RESUMO

A sociedade pós-moderna vive transformações significativas no campo da dogmática penal. O surgimento de uma nova categoria de bens jurídicos faz com que seja necessário revisitar princípios basilares do direito penal tradicional e que façamos uma releitura desses institutos. O campo do erro jurídico-penal no campo do Direito Penal Econômico apresenta problemas muito mais complexos se comparados com as normas de um direito penal nuclear. Em decorrência dessa complexidade a partir do desenvolvimento dessa sociedade pós-moderna (de risco) buscou-se fazer uma análise do erro no campo do direito penal econômico analisando tanto o ordenamento jurídico brasileiro, mas também buscando solução na doutrina Espanhola, Alemã, Uruguaia, Argentina, Portuguesa e Italiana. Buscou-se delimitar o campo do Direito Penal Econômico para que finalmente pudesse ser feita uma análise jurisprudencial sobre o atual entendimento dos Tribunais Brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Erro jurídico-penal; Erro de tipo; Erro de proibição; Técnicas de reenvio; Direito Penal Econômico;

ABSTRACT

The postmodern society is experiencing significant transformations in the study of the criminal law. The emergence of a new category of legal goods makes it necessary to revisit the basic principles of traditional criminal law and do a re-reading of these institutes. The field of criminal legal error in the Economic Criminal Law (White Collar Crimes) presents more complex problems compared with the standards of a nuclear criminal law. Due to this complexity from the development of this postmodern society (society of risk) we tried to make an analysis of the error in the field of economic criminal law analyzing both the Brazilian legal system, but also seeking solution in teaching Spanish, German, Uruguay, Argentina, Portuguese and Italian. He sought to define the Economic Criminal Law field so that it could finally be made a judicial review of the current understanding of the Brazilian Courts.

KEYWORDS: *Criminal legal error; Type of error; Error ban; Referring techniques; Economic Criminal Law;*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO CAMPO DE UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REENVIO: UM SIGNO DA APROXIMAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO DIREITO ADMINISTRATIVO	13
2.1 DELIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: DPE EM SENTIDO ESTRITO	23
2.2 DELIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: DPE EM SENTIDO AMPLO	25
2.3 CRÍTICA A PROPOSTA DE EXISTÊNCIA DO SENTIDO ESTRITO E SENTIDO AMPLO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	28
2.4 RAZÕES DA INCIDÊNCIA DAS TÉCNICAS DE REENVIO EM DPE.....	31
3 TÉCNICAS DE REENVIO EM DIREITO PENAL	39
3.1 MODALIDADES DE REENVIO	41
3.1.1 Norma Penal em Branco	42
3.1.2 Elementos Normativos do Tipo (culturais e jurídicos)	49
3.1.2.1 Elementos de Valoração Global do Fato.....	52
3.1.2.2 Diferença entre Lei Penal em Branco e Elementos Normativos.....	54
3.1.3 Tipos Abertos	56
3.1.4 Remissão a Atos Concretos da Administração Pública.....	61
4 O TRATAMENTO DO ERRO SEGUNDO A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA CULPABILIDADE	64
4.1 O ERRO NA TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE	65
4.2 O ERRO NA TEORIA PSICOLÓGICA NORMATIVA	68
4.3 TEORIA NORMATIVA DA CULPABILIDADE.....	72
4.4 A TEORIA NORMATIVA LIMITADA DA CULPABILIDADE COMO RECORTE PÓS-FINALISTA.....	75
4.5 DOLO NORMATIVO ATRIBUTIVO E ERRO	77
4.6 O TRATAMENTO DO ERRO NA ATUALIDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	79
4.6.1 O Tratamento do Erro de Tipo.....	79

4.6.2 O Tratamento do Erro de Proibição.....	86
4.6.3 O Reenvio da Norma Extrapenal como Mecânica de Deveres Organizacionais Institucionais: Posição de Garante.....	91
5 O ERRO QUANTO A TIPOS PENAIS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO COM EMPREGO DAS TÉCNICAS DE REENVIO.....	95
5.1 SOLUÇÕES ADOTADAS PELA DOCTRINA ESTRANGEIRA PARA O INSTITUTO DO ERRO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	100
5.2 REALIZAÇÃO DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E O CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS – VOLTA DO DOLUS MALUS.....	101
5.3 AUMENTO DE INCIDÊNCIA DO CAMPO DE ERRO DE TIPO.....	104
5.4 O OBJETO DO ERRO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	108
5.4.1 Leis Penais em Branco.....	108
5.4.1.1 Uma Análise do Erro de Tipo e leis penais em branco.....	112
5.4.1.2 Uma Análise do Erro de Proibição e leis penais em branco.....	114
5.4.2 Elementos Normativos.....	116
5.4.2.1 Valorização Global do Fato.....	117
5.4.2.2 Erro de Tipo nos Elementos Normativos.....	120
5.4.2.3 Erro de Proibição nos Elementos Normativos.....	123
5.4.3 Tipo Penal Aberto.....	124
5.4.3.1 Erro de Tipo e tipos penais abertos.....	126
5.4.3.2 Erro de Proibição e tipos penais abertos.....	127
5.4.4 Remissão à Ato Concreto da Administração Pública.....	128
5.4.4.1 Erro de Tipo e Ato Concreto da Administração Pública.....	128
5.4.4.2 Erro de Proibição e Ato Concreto da Administração Pública.....	130
5.5 Conclusão.....	131
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
REFERÊNCIAS.....	137

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento industrial dos países no período pós-guerra, trouxe grandes transformações ao mundo. Quem sabe, a maior delas tenha sido a migração do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social. Sobreveio uma ampliação dos bens jurídicos já existentes devido ao anseio pelo consumo, característica desse "novo" Estado. O progresso das tecnologias e a globalização, trouxeram consigo a ideia de uma sociedade de risco. Além das consequências positivas, ocorreram alguns desdobramentos negativos, o que fez com que o Direito Penal passasse a lidar com eventuais desdobramentos.¹

Atualmente, com a crescente expansão tecnológica, associada aos progressivos fenômenos econômicos, a sociedade acabou por conceber uma nova categoria de bens jurídicos, os bens jurídicos supraindividuais, elevando-os a uma categoria penalmente relevante.

Para se adequar a essas novas realidades e conteúdos, o Direito Penal foi obrigado a abrir mão do seu positivismo, até então aplicado, e adotou novas técnicas para proteção desses bens.²

Foi justamente pela dinamicidade e complexidade dessa nova ramificação da dogmática penal, que o Direito Penal Econômico passou a fazer uso da denominada categoria dogmática de técnicas de reenvio legislativo. A intensificação do uso dessas técnicas advém de um panorama político-criminal que administrativiza o campo do Direito Penal.

Essa administrativização traduz-se pela convocação do Direito Penal para auxiliar o Estado no controle de frações da vida social, sobretudo aquelas diretamente ligadas à economia. Em outras palavras, o campo da dogmática penal é convocado como um braço forte do direito administrativo.

Assim, percebe-se o nítido comprometimento do princípio da intervenção mínima do Estado, pois, o Direito Penal deveria atuar como *ultima ratio legis*.

Nesse contexto, há uma recorrente utilização das técnicas de reenvio pelo Poder Legislativo, o legislador "cola" a norma penal à norma administrativa, para que

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión de Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001. p. 27.

² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 120.

o Direito Penal exerça um papel de apoio ao direito administrativo. Essas técnicas de remissão penal à normativa extrapenal de cunho administrativo, fundados tanto em lei, como em fontes diversas – decreto do Poder Executivo, resoluções, portarias –, têm nas técnicas de reenvio uma de suas grandes expressões.³

A complexidade proveniente da aplicação dessas técnicas legislativas dificultam sobremaneira a compreensão daqueles a quem a normal incriminadora é dirigida, de forma que, não raramente, os agentes incidem em erro.

Procurando uma solução para a problemática do erro jurídico-penal no campo do Direito Penal Econômico, a doutrina dividiu-se e buscou apoio em pilares distintos na maneira de abordar a temática do erro.

Uma parcela da doutrina entendeu que o erro deveria ser analisado pela mesma dogmática do Direito Penal nuclear, sob a justificativa de que os erros sobre normas extrapenais seriam excludentes de dolo.

Questiona-se se seria razoável exigir do sujeito ativo do delito econômico o conhecimento da ilicitude de uma norma em face de alguma coisa que está incompleta, e que deve ser remetido a outro elemento normativo para composição deste tipo legal.

Essa circunstância dificulta sobremaneira o campo de persecução do direito penal econômico, pelo simples fato de que na maioria dos comportamentos contrários às normas o autor geralmente não tem consciência da ilicitude na sua conduta, ou ainda, nem a considera como crime.

A metodologia adotada na presente pesquisa divide sua análise essencialmente em quatro etapas: busca-se primeiro delimitar o campo das técnicas de reenvio conceituando todas as quatro modalidades: norma penal em branco; tipo penal aberto; remissão a ato concreto da administração pública e remissão a elementos normativos do tipo.

Num segundo momento, busca-se demarcar, no campo do Direito Penal Econômico, a correlação das técnicas de reenvio como mecanismo de aproximação na esfera penal e administrativa.

³ GUARAGNI, F. A. **Critérios de compatibilização da norma penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras.** In: CONAMP / AMPERN. (Org.). Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público - 25 anos do novo Ministério Público: a construção de uma identidade. 1ed. Brasília: Gomes e Oliveira Livraria e Editora, 2013, v. 1, p. 99-112. p. 05.

A terceira fase da pesquisa demonstra como foi o procedimento da dogmática penal do causalismo, as consequências da teoria finalista para o instituto do erro e, por fim, as modalidades de erro jurídico-penal.

Resta evidente a carência de estudos sobre o tema no campo teórico, por isso, procuramos com a presente pesquisa, apresentar uma proposta de solução dogmática, aspirando a aceitação pela prática judiciária de uma conformação mais concreta dos problemas em relação a incidência do instituto do erro nos delitos econômicos que fazem uso de técnicas de reenvio.

2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO CAMPO DE UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REENVIO: UM SIGNO DA APROXIMAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A primeira dificuldade enfrentada por todos os que se aventuram a estudar ou escrever sobre o Direito Penal Econômico, é como se deve delimitar o tema. De nada adianta ao jurista conhecer o fundamento, o método e o fim a ser alcançado pelo direito se o objeto da lei escapa, isto é, se nada sabemos sobre a matéria da qual há regulação.

Em face da globalização, a economia desenvolveu estruturas poderosas de intervenção na vida social, impondo, que o homem contemporâneo seja totalmente dominado por preceitos econômicos.⁴

Foi no final do século XIX e início do século XX que essa intervenção estatal assumiu maiores proporções e colocou em cheque o papel do *laissez-faire* de Adam Smith. Isso ficou claramente demonstrado com o crack da bolsa de Nova York em 24 de outubro de 1929, e a crise geral que assolou o país nos anos seguintes fez com que o Estado acrescentasse medidas de intervenção às funções tradicionais, como por exemplo a de oferta de bens públicos: eletricidade, saneamento, portos, etc.⁵

Nem a tradição liberal ficou imune ao abalo provocado pela crise, seus seguidores passaram a admitir um determinado grau de intervenção do Estado para corrigir algumas deficiências ou imperfeições do mercado, fenômenos característicos nas economias periféricas.⁶

A escola mais famosa, ao tratar de intervenção Estatal, é a escola Keynesiana, fundada pelo economista John Maynard Keynes, defende que em uma organização político-econômica o Estado exerce um papel de agente indispensável no controle da economia, uma vez que o sistema capitalista, consolidado pelo

⁴ OPUSZKA, Paulo Ricardo. Elementos da teoria keynesiana para uma reflexão sobre a intervenção jurídica estatal. **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 465, jul/dez. 2012.

⁵ GREMAUD, Amaru Patrick. **Manual de economia**. Org. Diva Benevidas Pinho, Marco Antonio S. de Vasconcellos e Rudinei Toneto Jr. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 571.

⁶ GENNARI, Adilson Marques. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53.

animal spirit dos empresários, é incapaz de empregar todos as pessoas que querem trabalhar, por isso o Estado deve intervir.⁷

Segundo Niell Fergusson, quanto maior a intervenção do Estado, oferecendo mais proteção aos investidores e garantias às empresas, melhor vai ser o desenvolvimento financeiro do país, entretanto, quanto mais "pesada" for a mão do Estado, mais impactos adversos sobre o mercado e a economia vão ser gerados, aumento da corrupção, economia informal, desemprego, etc.⁸

Até mesmo Adam Smith, considerado por muitos como o pai do liberalismo, em sua obra "A Riqueza das Nações", defendia que o Estado deveria intervir na economia – em menor proporção –, mesmo quando a iniciativa privada não tivesse interesse em desenvolver a sua atividade, ou, quando impossível a prestação do serviço em regime concorrencial.⁹

Há consenso de que o Estado deve interferir na Economia, não só controlando e corrigindo os excessos praticados pela iniciativa privada, como também redistribuindo a riqueza, através de uma política fiscal que lhe permita ainda adquirir seu próprio patrimônio destinado à realização de atividades caracterizadas mais por sua rentabilidade social, do que econômica – transporte, saúde, etc.¹⁰

Observa-se, portanto, que o papel intervencionista do Estado vem desde o fim do século XIX, no mercantilismo e na colonização europeia, e, seu grau de intervenção varia com o passar do tempo, buscando sempre aumentar a intensidade de sua intervenção.¹¹

Surge então nesse cenário (séc. XX), o Direito Penal Econômico, como um conjunto de normas que tem como escopo basilar, sancionar com as penas que lhe são próprias, as condutas, que no âmbito das relações econômicas ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes.¹² É dizer, o Direito Penal Econômico é empregado para reprimir manifestações contrárias à gestão

⁷ KEYNES, John Maynard. **General theory of employment, interest and money**. United Kingdom: Palgrave Macmillian, 1936. p.45

⁸ FERGUSON, NIALL. **The Great Degeneration: How Institutions Decay and Economies Die**. London: Penguin Press, 2013. p. 65-80

⁹ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Trad. Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 50-68

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios político-criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal espanhol de 1994. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 11, jul/set. 1995. p 7-20.

¹¹ GENNARI, Adilson Marques. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 354.

¹² PIMENTEL, Manuel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 10.

estatal da economia como *prima ratio legis*, tutelando a preservação da ordem econômica e compondo um novo campo de criminalidade voltado: i) à garantia do sucesso das atividades interventoras realizadas na economia; e ii) à preservação dos modelos econômicos desenhados para os ciclos produtivos e distributivos de bens e serviços.¹³

A existência de um Direito Penal Econômico na ordem jurídica moderna, ao tratar dos *white-collar and corporate crimes*, vê a necessidade de aprofundar seus estudos e teorias cada vez mais, pois muito além do bem jurídico transindividual tutelado pela norma penal – “ordem econômica” –, há, nessa espécie de delito, mais do que em qualquer outro tipo de crime, a ofensa à confiança da sociedade como um todo.

Com essa “nova” criminalidade global, transnacional, é natural se falar em um “novo” espaço do direito penal econômico, pois, há uma grande preocupação pelo fato do princípio da territorialidade não ser suficiente para abarcar a fenomenologia da criminalidade econômica.¹⁴ Nos dizeres de José Faria da Costa, “o tipo de criminalidade com o qual devemos enfrentar tem a qualidade ou a característica de não ter *locus delicti*, pelo menos através da interpretação clássica que a dogmática dá de local do crime”.¹⁵

Cada vez mais, percebe-se que muitas das categorias da dogmática penal tradicional são imprestáveis quando aplicadas fora dos seus quadros habituais, a necessidade de uma reformulação/adaptação dogmática e normativa desses institutos para o campo do direito penal econômico é imperiosa.

Pergunta-se, se o princípio *nullum crimen sine lege* deve valer também no domínio do direito penal econômico. A resposta evidentemente é afirmativa, pois, em um Estado de Direito, este princípio, mais do que garantia política da comunidade formalmente derivada da concepção orgânica do Estado, conforma um concreto

¹³ GUARAGNI, Fábio André. A origem do Direito Penal Econômico: razões históricas In: CÂMARA, Luiz Antonio. (Coord) **Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 139.

¹⁴ COSTA ANDRADE, João da. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal – elemento diferenciador entre o direito penal económico e o direito penal de justiça. In: FARIA COSTA, José de. (Coord.) **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 27.

¹⁵ FARIA COSTA, José de. O fenómeno da globalização e o Direito Penal Económico. In: ALMEIDA, Aníbal; CORREIA, Fernando Alves; VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 536.

direito fundamental de todas as pessoas, e portanto, também dos destinatários dos juízos legislativos em matéria de direito penal econômico.¹⁶

Seria um contrassenso não reconhecer que o direito penal econômico é por excelência, um campo onde operam conceitos normativos, cláusulas gerais e fórmulas de valor.

Ainda que não se possa delinear claramente as orientações do direito penal tradicional como uma máxima geral no campo do direito penal econômico, deve, o intérprete, limitar e nortear o alcance desses preceitos basilares.

Na realidade, o legislador, recorreu com frequência ao recurso das chamadas técnicas de reenvio, colocando inclusive em cheque o próprio princípio da legalidade com o excessivo recurso à tipificação por meio destas e o uso frequente de elementos normativos para composição dos tipos objetivos.¹⁷

Desta sorte, busca-se relacionar o tema com os delitos penais econômicos que utilizam o emprego de técnicas de reenvio, pois, abarcam um grupo de categorias dogmáticas jurídico-penais, cujo objeto de proibição não está plenamente presente na redação do tipo, que de alguma maneira, carece de complementação. Referidos complementos, provêm de outras normas jurídicas ou costumeiras, escritas ou não, penais ou extrapenais, e é o tipo quem reenvia à estas normas, aspectos destinados a circunstanciar o conteúdo comportamental proibido, tais como: normas penais em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos.¹⁸

Portanto, fica evidente que as técnicas de reenvio são um signo de aproximação entre o direito administrativo-sacionador e o direito penal.

Com a onda neoliberal, no início dos anos 90, as atividades respectivas de setores estratégicos da vida econômico-social, como telefonia, transportes e ferrovias mudam de mãos e mostram um evidente enfraquecimento do aparelho Estatal enquanto agente de poder; mas com o incremento da utilização do direito

¹⁶ COSTA ANDRADE, João da. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal – elemento diferenciador entre o direito penal econômico e o direito penal de justiça. In: FARIA COSTA, José de. (Coord.) **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 54.

¹⁷ GUARAGNI, Fábio André. As razões históricas do Surgimento do Direito Penal Econômico. **EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco**. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. v. 2, n. 1, jul./dez, 2007. Curitiba: Dom Bosco, 2007. p. 4.

¹⁸ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v. 12, n. 1. 2012.

penal como braço de apoio ao direito administrativo, a própria norma penal iria em direção a um modelo de norma administrativa.

Esse incremento do direito penal proporciona um reforço à atividade administrativa estatal, contudo, gera alguns perigos. O primeiro, é a permissão ao próprio Estado de usar o aparato penal em seu favor, ao invés de utilizá-lo para a proteção individual ou coletiva das vítimas.

Dentro dessa ótica Fábio André Guaragni constata que existe sim um risco de autoritarismo muito grande no fato de o detentor do poder punitivo estabelecer crimes e penas para se auto preservar. Entretanto, faz uma ressalva afirmando que não se nega o fato de que o Estado também possa ser sujeito passivo de crimes, enquanto titular de bens jurídicos penalmente relevantes, sendo então, legítimo proteger a administração pública contra corrupção, peculato ou fraudes licitatórias. A seleção dessas situações, em que o direito penal deve proteger os bens do Estado necessita de clara evidência de que por trás, está presente o interesse de cada cidadão, somando-se em coletividade, caso contrário, o exercício do poder punitivo é arbitrário e carece de legitimidade.¹⁹

Outro perigo associado às metas de racionalização e contenção da intervenção estatal punitiva na vida de cada um dos sujeitos, é a subversão do princípio da intervenção mínima, transformando o direito penal exclusivamente em simbólico, torto às funções de prevenção geral. O autor afirma que o direito penal deve sim ser simbólico, enquanto carregado de significado comunicativo a seus interlocutores, mas nunca só simbólico. Isso, porque a carga comunicativa só se afirma mediante uma atuação real do aparato estatal.²⁰

Teríamos então um injusto penal administrativo, um novo modelo onde se busca que o agente privado que vai se relacionar com o público tenha uma transparência. Se você obriga quem se relaciona com o poder público a ter mecanismos de controle, seja por uma política corporativa, seja assumindo um código de ética, ou mecanismos que evitem os espaços naturais, criminógenos para a prática do delito, reduz o campo do erro.

Não vem ao caso, no presente estudo, traçar todo o contexto histórico no qual se esmiúça a inauguração dos Direitos Econômicos. Interessa, contudo, analisar

¹⁹ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v. 12, n. 1. 2012. p. 37.

²⁰ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v. 12, n. 1. 2012. p. 39.

quando essa política econômica estatal passa a ser objeto da tutela jurídica, denominada então de ordem econômica. A proteção jurídica das subpolíticas que integram a política econômica – lato sensu – contém não só a regulamentação do sistema financeiro, mas também a regulamentação do mercado de capitais, da livre concorrência, de um sistema tributário, de um sistema de orçamento, etc.²¹ A tutela da ordem econômica possui uma peculiaridade que à ela é inerente. O sustentáculo normativo não advém de uma atividade essencialmente legiferante – como ocorre no campo do direito penal – mas sim, do poder regulamentador conferido a órgãos do Poder Executivo – Banco Central, Receita Federal, CADE, ANATEL, etc.

Para Winfried Hassemer o direito penal econômico é um ramo do direito que se encontra em movimento por sua própria natureza, assim como outras áreas do direito. No entanto, essas outras áreas se fundamentam em regulações que já são, por assim dizer, eternizadas no campo do direito, como ocorre por exemplo no direito de família, ou no próprio direito penal "tradicional". Assim, esses direitos chamados pelo autor de *direitos móveis* tem uma flexibilidade maior do que os ditos como "eternos".²²

Segundo Zygmunt Bauman o direito econômico é um conjunto de normas que orientam a vida e as atividades econômicas, e de preceitos que de algum modo se relacionam com a produção e distribuição dos bens econômicos.²³

Nesse sentido, Fábio Konder Comparato afirma que o direito econômico surge como um conjunto de técnicas jurídicas que o Estado contemporâneo detém, a fim de realizar sua política econômica, constituindo assim, uma disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, seja ele centralizado ou não.²⁴

A partir desse conceito, o direito penal econômico passa a ser definido como a soma das normas jurídico-penais que se situam no espaço coberto pelo direito econômico, porém, essa definição acaba por assentar em um conceito tão vago e

²¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 43-60.

²² HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 18.

²³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999. p. 134.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, v. 353. 1965. p. 10.

polivalente como o de direito econômico.²⁵ Isto é, em realidade o direito penal econômico se define sempre se relacionando com um objeto de política-criminal, qual seja, a prevenção da criminalidade econômica.²⁶

Diante dessa problematização se desdobram algumas possibilidades que serão tratadas apenas de maneira superficial e com o único fim de legitimar a forma vista como mais correta de delimitação do Direito Penal Econômico.

Como ponto de partida, é importante compreender que a ordem econômica, uma vez colocada em um altar pela Constituição Federal, legitima o Estado a regular ou a intervir em espaços onde a autorregulação econômica se mostre insuficiente para a solidez e a transparência do mercado, ou, até mesmo em casos em que fluxos econômicos devam se orientar também sob o prisma de uma programação social, o que, nos coloca diante de um problema que se relaciona à possível missão atribuída ao direito penal como instrumento para auxiliar essa tutela.

A doutrina apresenta três critérios epistemológicos distintos, utilizados para delimitar o horizonte cognitivo do direito penal econômico: um critério criminológico, um critério processual e, por fim, um critério através do bem jurídico.

O primeiro – critério criminológico – surgiu a partir da definição de *white-collar crimes*, desenvolvido por Edwin Sutherland, em 1939.²⁷ Muito embora essa relação entre criminalização secundária e processos de seletividade social não tenha sido descoberta por ele, a inauguração da teoria da associação diferenciada, uma crítica ao princípio da culpabilidade, enquanto exigência geral do desvalor social da conduta, lhe é atribuída.

Por meio de um estudo estatístico, Edwin Sutherland concluiu que pessoas com elevadas condições econômicas também praticavam crimes – do ponto de vista criminológico não importa o ilícito-típico realizado – entretanto, conseguiam de alguma maneira escapar do processo de criminalização. Ele percebeu que normalmente os sujeitos ativos desse tipo de delito eram pessoas com notoriedade

²⁵ COSTA ANDRADE, João da. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal – elemento diferenciador entre o direito penal econômico e o direito penal de justiça. In: FARIA COSTA, José de. (Coord.) **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 24.

²⁶ PEREZ DEL VALLE, Carlos. **Introducción al Derecho Penal español. Curso de Derecho Penal español**. Dirigido por E. Bacigalupo, M. P., Madrid, 1998. p. 19.

²⁷ SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de Cuello Blanco**. Trad. Laura Belloqui. Buenos Aires: IBdeF, 2009. p. 47.

ou que ocupavam uma posição privilegiada, e supostamente deveriam servir como exemplo de respeitabilidade para todos.²⁸

Um fato que preocupa sobremaneira os doutrinadores e pesquisadores acerca desse tema, é que os crimes de “colarinho branco” ou corporativos são uma consequência inevitável do capitalismo. Asseguram, que os grandes empresários quando precisam enfrentar uma situação em que a legislação veta sua atuação, utilizam-se de meios ilegais para manter ou aumentar seu faturamento, valendo-se, como fundamento, da velha máxima de que “negócios são negócios”.²⁹

Através deste critério, o sujeito ativo equivale àquele de classe social alta, que goza de boa reputação e que pratica o delito no bojo de sua profissão com habitualidade. Ainda que fosse verdade que a figura desse "sujeito ativo" desenhado por Edwin Sutherland seja recorrente, em se tratando de delitos econômicos, nota-se que não há nenhuma regra no Direito Penal Econômico que exija um perfil de sujeito ativo com essas características. Podemos encontrar crimes atentatórios à ordem econômica sem que seu autor seja pessoa abastada.³⁰

Portanto, a "denúncia criminológica" de Sutherland, embora possa servir de um instrumento de crítica, a dogmática penal clássica estruturada a partir da tutela de direitos individuais, não possui, por óbvio, capacidade suficiente para delimitar o objeto do direito penal econômico.³¹ Isso porque o direito penal econômico acabaria por se confundir com todos os crimes em espécie definidos pelo direito penal.³²

Contudo Hermann Mannheim critica o conceito proposto por Edwin Sutherland afirmando que o pesquisador incide em dois erros que tornam o seu conceito vulnerável por conta de sua vagueza e heterodoxia, aludindo às expressões "pessoa respeitável" e "elevado status social", e questionando em que a medida do elevado status social implicaria ou não em uma ideia de respeitabilidade. Isso porque, esses termos não apresentam um conceito fechado, são termos com um

²⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 68-69.

²⁹ M MORGAN, Rod. **The Oxford Handbook of Criminology**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2007. p. 738–747.

³⁰ VOLK, Klaus. **Criminalità Economica: Problemi Criminologici, Politico-criminali e Dommatici Sistema Penale e Criminalità Economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo**. Napoli: Scientifiche Italiane, 1998. p. 30-32.

³¹ FARIA COSTA, José de. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 81-83.

³² TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**. 2. ed. Valencia: Tirand lo Blanch, 2010. p. 125.

caráter predominantemente valorativo e por isso, de difícil conversão em estatística, ou até mesmo de ser trabalhado objetivamente na dogmática penal.

Ainda, Hermann Mannheim critica o fato de Edwin Sutherland afirmar que os crimes de colarinho branco sempre se concentram "no peixe graúdo". Algumas – raras – vezes podemos estar diante de situações onde o sujeito ativo é um delinquente de colarinho branco e que comete na vida privada algumas infrações conexas com seus negócios, como por exemplo a evasão fiscal nas declarações de imposto de renda.³³

Um segundo critério delimitador do campo do direito penal econômico é visto como critério processual, isto é, normativo.

Esse, de ordem processual, aduz que haveria a necessidade de especialização – verticalização – do conhecimento por parte dos agentes estatais que conduziriam um processo relativo à ordem econômica, até para garantir a concretização e efetividade da persecução desta classe de delitos, uma vez que há necessidade de um aprofundamento no tocante ao funcionamento dos mercados financeiros e de capitais, bem como às regras de contabilidade, administração de conglomerados, etc.³⁴ Nesse sentido, Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo defendem inclusive a necessidade de o magistrado responsável pela persecução dispor de um grupo auxiliar especializado na matéria, capaz de examinar a contabilidade, balancetes e de fato compreender a gestão empresarial, sob risco de o magistrado não conseguir seguir com os atos de instrução processual entendendo perfeitamente o valor de determinadas provas que poderiam ser decisivas.³⁵

Igualmente, Figueiredo Dias afirma que a autonomia do direito penal econômico decorre da particularidade do ilícito, da particularidade tendencial de suas sanções e também, da particularidade das condições de sua aplicação.³⁶

Inclusive Linares Estrella considera esse critério processual insustentável, na medida em que é absolutamente inquestionável no campo do direito penal

³³ MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Trad. J. F. Faria Costae M. Costa Andrade. Lisboa: Dundação Calouste Gulbenkian, 1984. p. 720.

³⁴ CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 206.

³⁵ CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 208.

³⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. In: CORREIA, Eduardo; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 376.

econômico a existência de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais que determinam soluções dogmáticas particulares, como por exemplo a renúncia de um sócio a ser informado sobre um determinado extremo da sociedade pode ser irrelevante se o interesse tutelado através do dever de informação ao sócio é supraindividual.³⁷

Um dos primeiros países a codificar as infrações econômicas foi Portugal, através da edição do Decreto-Lei nº 41.204, de 1954, que definia as infrações contra a saúde pública e as infrações antieconômicas. Posteriormente, foi revogado pelo Decreto-Lei nº 28, de 1984, sendo mantida a estrutura codificada – ainda que não exauriente – das modalidades delitivas e do rito processual respectivo. Na Espanha, houve um movimento codificador mais amplo e, com a entrada em vigor em 1995 do Código Penal espanhol, é que se fez a previsão dos Delitos contra o patrimônio e contra a ordem econômica (artigos 234/304) e dos *delitos contra a Fazenda Pública* e a Segurança Social (artigos 304/310).³⁸

Na Itália, na França e no Brasil, os crimes denominados "econômicos" estão previstos em legislação fragmentada.³⁹ A saber, o direito penal econômico seria delimitado sob um viés processual, mais ainda, de competência. Portanto, deveria haver um juiz especializado em crimes econômicos e logo, a matéria relativa ao Direito Penal Econômico seria sempre colocada sob atribuição desse magistrado.

O último critério – que toda a doutrina costuma se debruçar – é o de delimitação do campo do direito penal econômico através da matéria especificamente tutelada, ou seja, a eventual autonomia do bem jurídico tutelado – Ordem Econômica.⁴⁰ Assim, toda vez que um delito viesse ofender a ordem econômica estaríamos diante de delitos penais econômicos, isto é, a uma área adstrita ao Direito Penal Econômico.

Com isso, há que se fazer uma série de ajustes principiológicos que devem obrigatoriamente passar desde a teoria do delito até, inclusive, a teoria da pena. Isso

³⁷ LINARES ESTRELLA, Ángel. **Un problema de parte general del derecho español y cubano**. Granada: Colmares/Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2002. p. 40.

³⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 74.

³⁹ Como por exemplo, no Brasil: Lei nº 7.492/1986 (Lei que prevê os crimes contra o sistema financeiro nacional), Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 8.137/90 (Lei que prevê crimes contra a ordem tributária e econômica). Na Itália: Decreto-Legislativo 74/2000 (reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto), Decreto-Legislativo 58/98 (reati in materia di intermediazione finanziaria).

⁴⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 75.

porque, quando um delito é posto no catálogo de direito penal econômico, trabalhasse com considerações dogmáticas e principiológicas típicas do direito penal econômico.

Desde que Kurt Lindemann, em 1930, estabeleceu que o direito penal econômico seria o ramo jurídico voltado à defesa penal da economia nacional em conjunto, ou das suas instituições fundamentais, e Eberhard Schmidt, em 1950, estabeleceu que o direito penal econômico incidisse no espaço dos interesses vitais econômico-sociais, a doutrina penal europeia passa a expor a autonomia e peculiaridade do bem jurídico, protegidas pela normal penal econômica.⁴¹

Ainda, com a intensificação de conhecimento tecnológico, com o grande processo de industrialização – que ainda existe –, e com a inflação de pessoas nas grandes cidades, aumentam significativamente as oportunidades para delinquir em um âmbito de estrutura socioeconômica, o que exige, por parte do estado uma proteção mais efetiva dos bens jurídicos supraindividuais.⁴²

Surge então uma outra problematização, depois de fixado o fator que delimita o campo do direito penal econômico: o que é ordem econômica penalmente tutelada? Dois são os caminhos para definir o que vem a ser a "ordem econômica". Um que reconhece um conceito que acaba por abranger todas as ofensas à regulação da produção, industrialização e divisão de bens e serviços, e outro que reconhece um conceito tutele os interesses supraindividuais relacionados à ordem da economia instituída e dirigida pelo estado⁴³.

2.1 DELIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: DPE EM SENTIDO ESTRITO

Em sentido estrito, o Direito Penal Econômico englobaria aqueles delitos que atentem contra a atividade interventora e reguladora do Estado, na economia,

⁴¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 75.

⁴² BAJO FERNÁNDEZ; Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2001. p. 12.

⁴³ BAJO FERNÁNDEZ; Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 3-20.

incluindo ainda todas as infrações que maculem as condições essenciais de funcionamento do sistema econômico, formando então uma categoria homogênea. Seriam aqueles injustos penais que lesionam ou colocam em perigo a ordem econômica entendida como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia.⁴⁴

Enrique Bacigalupo define o delito econômico a partir de um conceito restrito de ordem econômica, afirmando que: os delitos econômicos são todas as condutas descritas em leis que acabam por ofender a confiança na ordem econômica vigente e que colocam em perigo a própria existência e as formas de atividade dessa ordem econômica.⁴⁵ Em pensamento dogmático similar, Suárez González⁴⁶ e Rodríguez Murillo⁴⁷ também defendem essa posição restritiva do direito penal econômico.

Nesse diapasão Tiedemann argumenta que o sentido estrito do direito penal econômico coincide com o conceito material da ordem econômica cunhado em sua origem e, portanto, seria o conjunto de normas penais que tutelam a ordem econômica.

Nesse sentido leciona Rodrigo Sánchez Rios, valendo-se dos ensinamentos de Tiedemann, afirma que o sentido estrito consistiria em transgressões no âmbito do direito administrativo-econômico, isto é, aquelas que lesionam a atividade interventora e reguladora do estado na economia, na medida em que o sentido amplo alcançaria além destas condutas, todas aquelas figuras típicas que violam bens coletivos supraindividuais econômicos relacionados com a regulamentação jurídica da produção, distribuição e também consumo de bens e serviços.⁴⁸

Sob esta ótica, o bem jurídico protegido pelo direito penal econômico consiste na ordem econômica existente. Isto é, o estatuto jurídico que regula a economia de

⁴⁴ BAJO FERNÁNDEZ; Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 54.

⁴⁵ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 35.

⁴⁶ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. Sobre la tipificación del delito contable en el derecho español. In: MAZUELOS COELHO, Julio (comp.). **Derecho penal económico y de la empresa: concepto sistema y política criminal**. Lima: San Marcos: 1996. p. 10.

⁴⁷ RODRÍGUEZ MURILLO, Gonzalo. **El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal. La administración desleal**. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999. p. 18.

⁴⁸ RIOS, Sánchez. **Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 775. p. 433-448. 2000.

mercado, como: vedar o monopólio e vedar práticas que coloquem em risco a livre concorrência.⁴⁹

Portanto, o direito penal econômico em sentido estrito está dedicado ao estudo de delitos que lesionem ou coloquem em risco a atividade reguladora do Estado – *lato sensu* – na economia e as consequências jurídicas que a lei prevê para os infratores.⁵⁰

2.2 DELIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: DPE EM SENTIDO AMPLO

Em acepção ampla o Direito Penal Econômico não detém condições sistemáticas de delimitação do alcance do seu horizonte cognitivo nos delitos econômicos, isso, porque confere atenção à qualidade da atividade afetada. Um crime de ofensa individual poderia ser considerado um delito econômico sempre que a execução da conduta alcançasse atividades econômicas reguladas no segmento da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Num enfoque economicista, os delitos econômicos seriam uma infração que lesionem ou coloquem em perigo uma atividade diretora, reguladora ou interventora do Estado na economia. Ou seja, seriam comportamentos descritos em lei que lesionam a confiança da ordem econômica vigente, ou ainda, que afetam a confiança de alguma instituição em particular, portanto, que coloquem em perigo a própria existência dessas formas de atividade nessa ordem econômica.

Nesse diapasão, Bujan Perez sugere um conceito amplo que não seja contingenciado pelas circunstâncias do caso concreto, mas sob uma perspectiva *ex ante* do bem jurídico tutelado.⁵¹ Para este autor, o direito penal econômico não alcança somente as infrações definidas no conceito restrito, mas também outras

⁴⁹ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. **Cuadernos de política criminal**. Edersa, n. 28, Madrid. 1986. p. 65-70.

⁵⁰ CERVINI, Raúl. **La perspectiva integrada del derecho penal económico**. In Nuevos desafíos en Derecho Penal Económico. Montevideo: IBdeF, 2012. p. 142.

⁵¹ BUJÁN, Perez, Carlos Martínez. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**. Parte General. 2. ed. Valencia: Tirand lo Blanch, 2007. p. 118.

figuras delitivas que possuem mediatamente uma finalidade de proteção da regulação estatal da economia.⁵²

Portanto, ocorreria violação da ordem econômica em sentido amplo quando houvesse alguma violação à regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Isto é, aquelas violações que, ainda que não afetem diretamente a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia, lesionem ou coloquem em segundo plano a regulação jurídica de produção, distribuição e consumo de bens e serviços.⁵³

Diante dessa distinção e para propor uma visão centrífuga do direito penal econômico, necessário fazer uma verificação da maneira em que é abordado o tema de delimitação do bem jurídico na ordem econômica.

Parece que há uma falha na forma de se compreender a ideia de ordem econômica. Evidente que não há duas acepções que coexistem, posto que a segunda (estrita) substituiu a primeira através de uma sucessão histórica, onde o direito penal econômico de primeira geração, pretendia defender a atuação do estado na economia, já o direito penal econômico de segunda geração – atual – pretende trabalhar com a regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Logo, não se trata de distinguir, para o efeito de tutela penal a noção econômica *lato sensu* ou *estricto sensu*, como propõe toda a doutrina.⁵⁴

O Direito Penal Econômico surgiu com o propósito de blindar a intervenção do Estado na economia. O projeto do direito penal econômico contemporâneo é muito diferente do que tínhamos quando do seu surgimento, principalmente a partir dos anos 60, quando houve a substituição dos modelos de bem jurídico e ordem econômica.

Essa mudança ocorreu por razões político-histórico, por razões de caráter filosófico e ainda por razões de caráter sociológico.

⁵² SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 60.

⁵³ BAJO FERNÁNDEZ; Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 56.

⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39; CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus direito penal convencional**: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 203-211.

Do ponto de vista político-histórico deve se cogitar no advento de um estado social e democrático de direito, bem estar social – *Welfare State* – e de uma intervenção fortíssima do estado para reerguê-lo de um modelo de intervenção que quer reestabelecer o País depois da quebra da bolsa. Com base em políticas democráticas, uma síntese entre um estado liberal e a antítese de um estado intervencionista puro, esses estados democráticos e sociais de direito respondem pelo modelo penal econômico de segunda geração.

Essa transição se deu juntamente com o vetor filosófico concernente da filosofia da linguagem, vetor fundamental para que se passe do modelo de ordem econômica de primeira geração para o de segunda.

Do ponto de vista sociológico, um vetor fundamental para a passagem da primeira para a segunda geração, denominada sociologia do risco, foi a ideia de sociedade de risco.

Foi sob o influxo desses três vetores que ocorreu a mudança do perfil do direito penal econômico. Os autores falam em direito penal econômico em sentido estrito, ou em direito penal econômico em sentido amplo, as vezes optando por um ou por outro, dando a impressão de que ambos coexistem, mas não se trata de fazer uma escolha entre esses dois modelos, deve-se observar que o perfil do direito penal econômico mudou, ele se dá para corresponder a uma meta de proteção ampla que assegure a regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Os autores que adotam a primeira opção partem da premissa de que o direito penal econômico em sentido amplo é mais restrito, com uma intervenção penal menor, e desempenhando a função de intervenção mínima do Direito Penal. Nos parece que esse pensamento está equivocado, não há nada de liberal em um direito penal que sirva para proteger a intervenção do Estado na economia, porque o Estado é o protegido. É dizer, o poder punitivo estatal está sendo usado pelo Estado para se auto proteger.⁵⁵

Já em um direito penal econômico de segunda geração, quem é protegido com a regularidade da relação de consumo, distribuição e produção de bens e

⁵⁵ Veja, não está tratando no texto de que o detentor do poder punitivo não pode proteger seus interesses, ele até pode proteger seus interesses, existem crimes contra a administração pública, p. ex. o peculato, mas o estado através do seu poder punitivo está legitimado a proteger-se, ou proteger a administração pública, pois é através dela que ele cumpre seus préstimos sociais, logo, a meta de proteção nesses casos não é o estado, mas todos nós.

serviços são os consumidores, os trabalhadores e os empresários, ou seja, a sociedade.

Uma grande crítica que se faz ao direito penal econômico é quanto a sua delimitação, para isso, deve-se ingressar nas particularidades da ordem econômica de cada lugar – território, a cada momento –, cada período, ir além dos contornos esfumados de bens jurídicos, procurar saber em que termos se dá essa ordem econômica.

A Ordem Econômica só é definível na concretude do tempo e do lugar, somente é possível constatar o que vem a ser regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, se o estudo for aprofundado e de certa maneira "descer" em economias concretas de cada país em uma determinada época, por isso o conceito de bem jurídico possui contornos difíceis. Não há espaço para delimitar um conceito abstrato de ordem econômica que não leve em conta uma estrutura social e concreta, da mesma forma que não se pode cogitar um conceito atemporal de crime econômico.⁵⁶

No mesmo sentido, assevera Fábio Roberto D'Avila que o núcleo rígido do direito penal, assim como o bem jurídico penal, mesmo em relação ao direito Penal Econômico, desenvolve-se através do reconhecimento de um fragmento da realidade, porém, isso só é obtido a partir de opções legislativas democraticamente concebidas em uma comunidade historicamente datada que sinalizou positivamente para uma boa e desejada existência que deve ter continuidade.⁵⁷

2.3 CRÍTICA À PROPOSTA DE EXISTÊNCIA DO SENTIDO ESTRITO E SENTIDO AMPLO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

A dificuldade enfrentada pelos doutrinadores ao avançar no conceito de ordem econômica, reside no fato de se tentar minimizar a complexidade do tema que lhe é imanente, sem tentar abandonar a clausura de um saber que não vai muito além da própria unidade disciplinar. É no diálogo entre as ciências penal e

⁵⁶ CERVINI, Raúl. Derecho Penal económico: concepto y bien jurídico. **RBCC**, São Paulo, vol. 11, abr/jun. 2003. p. 105.

⁵⁷ D'AVILA. Fábio Roberto. Aproximações à teoria exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **RBCC**, n. 80. 2009. p. 13.

econômica que se pode encontrar as condições ideais para o reconhecimento de valores comunitários afeitos à vida econômica e que comportam limites de identificação.⁵⁸

A doutrina, de modo geral, partindo do pressuposto de que o conceito de ordem econômica é indefinível, passa por alto e afirma que todo bem jurídico é assim, indefinível. Não é preciso ir muito longe, basta imaginar comunidades indígenas onde o conceito de vida ou patrimônio é completamente distinto do que entendemos na sociedade. Vejamos, como se pode delimitar o bem jurídico VIDA em determinadas tribos indígenas, nas quais ela apenas começa com o acolhimento por parte da tribo ao nascituro.

Deve-se partir da premissa de que o saber econômico orienta o direito penal em seu horizonte cognitivo a fim de que o poder punitivo tenha condições de criminalizar somente as práticas consideradas ofensivas a uma política econômica na exata medida em que possa subverter o reconhecimento simbólico de valores consagrados como relevantes ao desenvolvimento humano. O livre mercado, por exemplo, apresenta-se ao direito penal como um objeto material de tutela legítima, não enquanto um valor-em-si, ou tampouco porque a maioria dos ordenamentos constitucionais o consagra positivamente em sua dimensão axiológica, mas sim porque em um desenvolvimento histórico ele tem se mostrado relevante para a consecução menos onerosa possível dos objetivos do homem.⁵⁹

Dessa ideia, Eduardo Correia delimita acertadamente sobre o tema, adotando um critério material-formal-substantivo, afirma que um direito penal econômico legítimo seria aquele que tutela materialmente ofensas supraindividuais da ordem econômica através de tipos-de-ilícito ajustado a essa forma peculiar de proteção.⁶⁰

Resta cada vez mais evidente, no cenário brasileiro, que estamos inseridos em um capitalismo de compadrio, ou *crony capitalism*.⁶¹⁻⁶² Essas relações -

⁵⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 80.

⁵⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 90.

⁶⁰ CORREIA, Eduardo. **Notas críticas à penalização de actividades económicas**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985. p. 13.

⁶¹ O capitalismo de compadrio é um termo que descreve uma economia onde o sucesso dos negócios é estreitamente ligado as relações entre o governo e o empresário e as regras de mercado são mudadas para atender esses "novos" interesses.

⁶² Vide todas as empresas investigadas na ação penal, popularmente conhecida como "lava-jato" que vem mostrando ao Brasil um forte esquema de corrupção entre a máquina do estado e empresas privadas.

compadrio - são traduzidas, por exemplo, em favoritismo em licitações, à empresários, em concessões, em subsídios do governo ou outras formas de intervencionismo estatal, como o que vem sendo investigado pela Polícia Federal que ocorreu junto a empreiteira Odebrecht.

Nesse diapasão Luigi Zingales afirma que nessa espécie de capitalismo as regras são distorcidas a ponto de favorecerem as grandes empresas, e não a coletividade de maneira geral. O compadrio pode ser objeto da corrupção, mas busca sempre atribuir uma característica de licitude a essa atividade. Há, inclusive quem o denomine de corrupção "legal" ou institucional, alteram-se as regras para que determinada empresa seja favorecida, sem violação da lei, distorcendo o sistema, tornando-o menos eficiente e menos justo.⁶³

O autor constatou que essa forma de capitalismo de compadrio é mais comum no sul da Europa e na América Latina, mas cada vez mais os Estados Unidos têm cedido espaço aos interesses particulares em detrimento de uma economia de livre mercado.⁶⁴

Isso é um grande problema, não só para o Brasil, mas para todas as economias do mundo. O capitalismo de compadrio freia, quase que por completo, o desenvolvimento de um país, é o que diz o Comitê de Desenvolvimento Econômico. (*Committee for Economic Development.*)⁶⁵

Esse foi o principal fator e que fez com que o povo norte americano deixasse de dar seu suporte ao sistema capitalista dos Estados Unidos no período pós guerra.

O estudo afirma que se o capitalismo de compadrio persistir e continuar a se propagar, vai acabar exaurindo toda a vitalidade da economia mundial. A simbiose entre os interesses privados e o governo tem um potencial destrutivo enorme, capaz de mudar a economia de um país em menos de uma década.

É nesse contexto que se torna cada vez mais forte a influência do direito penal econômico com o objetivo de frear esse fenômeno, e acabar por estimular novamente o livre mercado.

⁶³ ZINGALES, Luigi. Um Capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana. p.99

⁶⁴ ZINGALES, Luigi. Um Capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana. p.100-110

⁶⁵ Crony Capitalism: Unhealthy Relations Between Business and Government. acesso em 21/03/2016. através da url: https://www.ced.org/pdf/Embargoed_Report_-_Crony_Capitalism.pdf

2.4 RAZÕES DA INCIDÊNCIA DAS TÉCNICAS DE REENVIO EM DPE

O recente fenômeno da administrativização do Direito Penal deriva da utilização deste, pelo Estado, com o escopo de garantir o bom andamento de sua própria atividade enquanto instância executiva, provedora de administração pública e gerenciadora de inúmeros âmbitos sociais.⁶⁶

Afirma Fábio André Guaragni que a utilização do campo dogmático penal se dá através da criação de tipos penais e sanções voltadas a garantir a obediência aos regulamentos estatais e atos concretos da administração pública. É dizer, este fenômeno da administrativização tem um perfil de invocar o direito penal com o objetivo de auxiliar o Estado no controle de parcelas da vida social ligadas sobretudo à economia e ao meio ambiente.⁶⁷

Para Eduardo Sanz de Oliveira Silva o processo de globalização vem acompanhado de um enfraquecimento dos Estados nacionais mostra a falência do estado em regular e controlar as operações econômico-financeiras, o que ocasiona o desenvolvimento de uma "macrodelinquência transnacional" e economicamente forte, provocando um desenfreado mercado de lavagem de capitais que amedronta as nações mundiais e sobretudo os Estados periféricos que, dependentes do capital supranacional e submetidos à políticas excludentes dos conglomerados econômicos internacionais, encontram-se em uma encruzilhada mortal.⁶⁸

Essa globalização da economia e do mercado despertam, ao revés, o interesse de uma nova delinquência muito mais sofisticada, melhor organizada e também melhor aparelhada.

Renato de Mello Jorge Silveira reconhece a existência de lados perversos dessa pós-modernidade e afirma que a produção social de grande parte da riqueza vem, indiscutivelmente, acompanhada por uma igual produção de riscos.⁶⁹

⁶⁶ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v. 12, n. 1. 2012.

⁶⁷ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v. 12, n. 1. 2012.

⁶⁸ SILVA, Eduardo Sans de Oliveira e. O princípio da subsidiariedade e a expansão do direito penal econômico. In: DÁVILA, Fabio Roberto (Coord); SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord). **Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2006. p. 195.

⁶⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: RT. 2006. p. 33

O Direito Penal, com isso, assume para dentro de seus domínios a responsabilidade de atuar como norma de reforço em um domínio característico do campo do Direito Administrativo, com a implementação de tipos penais com um conteúdo econômico, social, tributário, financeiro ou até mesmo de proteção do meio ambiente, hipertrofiando o campo de incidência do Direito Penal, e fazendo com que haja uma certa "inflação" da legislação incriminatória.⁷⁰

A expansão da tutela criminal promove certas consequências, como a administrativização da intervenção punitiva, mas não só isso, há também a mudança de paradigma liberal do Direito Penal com a ampliação de bens jurídicos e também a flexibilização de regras de imputação.⁷¹

Essa hipertrofia do campo penal econômico traz consigo a necessidade de se adequar e instrumentalizar essas novas categorias de injustos que possuem uma característica completamente distinta daquela para a qual o direito penal "tradicional" sempre foi estruturado, com o escopo de não desestabilizá-lo como instrumento de *ultima ratio*.

Faria Costa afirma que o direito penal tradicional sofreu fortes modificações, sendo que algumas categorias normativas nas quais a maioria dos penalistas acostumaram-se a trabalhar não servem mais. Seria então necessário repensá-las pela necessidade de atualizar-se para manter efetiva a tutela dos bens jurídicos.⁷²

Nesse contexto, a legislação incriminadora apresenta excessos de discricionariedades que acabam por ser uma verdadeira violação de princípios basilares do Direito Penal.

Isso se deve à concepção de que o Direito Penal seria o instrumento capaz de garantir em uma sociedade de riscos a eficácia de normas extrapenais, como um instrumento com o escopo de garantir o direito de uma ordenação estatal, isto é, usar o ordenamento criminal como mecanismo de garantia de obediência aos comandos estatais.

⁷⁰ ALMEIDA, Arnaldo Quirino De. **Direito Penal Econômico**. 2. ed. rev. e amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 45.

⁷¹ LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do Direito Penal Econômico. In: **Direito Penal e Criminologia**. Org. CONPEDI/UNINOVE; Coord. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo César Corrêa Borges, Cláudio José Langroiva Pereira. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 13.

⁷² FARIA COSTA, José de. Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal hoje. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 81, p. 45-46, jan.-mar, 2001.

Essa transferência de valores e sanções que são características do Direito Administrativo-Sancionador para o campo Penal contribui para a expansão desse último e, portanto, o Direito penal que sempre tinha uma reação a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado é convertido em um direito de gestão punitivo de riscos gerais e, nessa medida, está administrativizado.⁷³

Entretanto, Ana Elisa Bechara faz importante constatação, afirmando que um maior intervencionismo estatal, justificável em um contexto democrático em benefício de um desenvolvimento social, não significa necessariamente um maior intervencionismo penal. Ao contrário, partindo-se da premissa de que o Estado é um instrumento a serviço dos indivíduos, a atividade político-criminal deve estar teologicamente orientada à busca da proteção dos respectivos direitos fundamentais, mesmo na esfera do direito penal.⁷⁴

Portanto nem todo bem jurídico é um bem jurídico penalmente relevante. Ainda almeja-se um Direito Penal constitucionalmente orientado, isto é, subsidiário e garantidor de direitos fundamentais.

A administratização do direito penal faz com que o legislador produza, cada vez mais, tipos carentes de complemento mediante o reenvio, devido ao fato de as normas penais em branco serem, de maneira geral, complementadas por normas administrativas cuja conexão com o direito penal ganha reforço a partir dessa antedita administratização. Ainda no que tange aos tipos penais abertos, que constituem uma técnica tradicional para incriminação mediante tipos ativos ou omissivos culposos, inúmeras são as evocações de quebras de regramentos ou normas acautelatórias de caráter administrativo para as quais o direito penal volta a sua atenção tanto quanto mais administrativizado se torna. No que diz respeito aos elementos normativos, frequentemente são definidos em normas administrativas extrapenais, constitutivas de objeto de atenção intensificada de um direito penal administrativizado. E, finalmente os atos administrativos concretos, os tipos penais

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 116-120.

⁷⁴ BECHARA, Ana Elisa Libertore S. **Critérios Político-Criminais da Intervenção Penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada.** In: FRANCO, Alberto Silva (Coord); LIRA, Rafael (Coord). **Direito penal econômico: questões atuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 46.

realizam-nas justamente para reforçar a atividade estatal de gerenciar e controlar as atividades da vida econômica, nomeadamente para contenção de riscos.⁷⁵

Ainda, Fábio André Guaragni constatou outros recortes sociológicos intensificadores do emprego de técnicas de reenvio no campo do Direito Penal Econômico; i) a desreferencialização; e ii) a sociedade de consumo.

A perda de referências comuns por parte dos indivíduos inclusive em relação à própria realidade, que é substituída por um universo completamente midiático, somado à queda de bandeiras coletivas de vida, além de instituir um individualismo, acaba por produzir um vazio de pautas de valor. A pós-modernidade é caracterizada justamente por essa falta de roteiro coletivo, onde a identificação dos papéis sociais e modos de exercê-los possa se dar. E esse "vazio" discursivo dificulta ainda mais a identificação de padrões capazes de definir modos ideais de agir.⁷⁶

Zygmunt Bauman afirma que hoje enfrentamos o caos, coisa que nunca fora feita antes, há uma completa ausência de precedentes que nos sirvam como ponto de referência, que nos tranquilizem e nos guiem, o que acaba tornando a situação completamente desconcertante.⁷⁷

Fábio André Guaragni assinala que, embora os modelos de comportamento próprios de sociedades religiosas fossem primitivo-tribais, eles eram visíveis para os seus membros. As sociedades modernas, combinado com o capitalismo e a revolução industrial⁷⁸, acreditaram no valor desta combinação para a produção de um futuro e da felicidade comum. Substituíram a religião por narrativas materialistas de longo prazo dotadas de características racionalistas-cartesianas.⁷⁹ Nelas, o trilho

⁷⁵ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v. 12, n. 1. 2012. p. 40.

⁷⁶ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v. 12, n. 1. 2012. p. 41.

⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. **A vida fragmentada: ensaios sobre a moral pós-moderna**. Lisboa: Rológio d'Água, 2007. p. 28.

⁷⁸ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991. p. 61.

⁷⁹ A expressão se refere a linha filosófica de Rene Descartes, pensador francês considerado por muito o pai da filosofia moderna. O racionalismo cartesiano foi estabelecido através de suas obras "O Discurso do Método" escrita em 1637 e "Meditações Metafísicas" escrita em 1641. O Filósofo parte do pressuposto de que tudo, tanto a opinião como experiências humanas são pontos guia de mérito duvidoso, buscando então, um novo método que de certa maneira seria isento da influência de ambos os pontos, a fim de buscar uma verdade que não possa ser colocada em dúvida. A metodologia cartesiada é fundado na dedução partindo-se de axiomas simples por si mesmos e, através deles raciocinar e buscar soluções singulares.

de comportamento do sujeito também era evidente para seus membros, sobretudo a partir da divisão social pelo trabalho.⁸⁰

De outro modo, como o sujeito deveria agir, o que ele deveria fazer era bastante claro, era apenas necessário que ele verificasse como o outro ocupante do mesmo papel social agiria se agisse de maneira igual.

Entretanto, a descrença nas sociedades pós-industriais bem como nos enredos que fundamentavam a longo prazo a vida terrena – ora identificada na crise da razão técnico-instrumental – modificaram as visões de mundo partilhadas e também as tábuas de valor. Este fenômeno também intensifica o uso de técnicas de reenvio.⁸¹

Essas tábuas de valor que caracterizavam o modo de vida da modernidade, projetando-se do século XIX para uma boa parte do século XX, atualmente se mostram desconfortáveis para uma ética hedonista baseada no consumo e no prazer carnal e terreno.

A troca da ética kantiana moderna do dever pela ética pós-moderna do prazer, resultado da sociedade de consumo e capitaneada pela atividade corporativo-industrial, exige de todos os seres humanos uma meta de vida única, ou seja, extrair do próprio corpo experiências extremas que o bolso possa comprar. Nesse contexto, Fábio André Guaragni sustenta que os consumidores revelam-se como "procuradores de sensações" ou "coleccionadores de prazeres", e o mercado cumpre seu papel através do *marketing*, anunciando que há sempre uma nova experiência de prazer, e instigando a mente e o corpo do sujeito a um novo objetivo sem o qual a vida não é (mais) possível, porque uma coisa deve ser comprada.

Por esse ângulo, Jean Baudrillard afirma que o consumo é a vida cotidiana, e esta não seria apenas a soma dos fatos e gestos diários, mas sim um sistema de interpretação.⁸²

Essa interpretação dos objetos é justamente o que comanda a existência do sujeito e, advindo como um recorte sociológico, potencializa o emprego de técnicas de reenvio no direito penal.

⁸⁰ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v. 12, n. 1. 2012. p. 40.

⁸¹ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v. 12, n. 1. 2012. p. 42.

⁸² BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 25.

A derrocada das tábuas coletivas de valor, que acaba por deixar os indivíduos sem noção de certo e errado, faz com que as pessoas tenham as mais variadas respostas para coisas banais, como a definição do que é ser um bom marido ou a maneira correta de se alimentar um filho. Essa indefinição, não se limita somente a esses temas, estende-se para tópicos mais sofisticados, como os limites da biogenética, quanto é possível ou adequado expor a vida privada, quais são os limites da propaganda a produtos destinados a crianças.

Concomitante a isso, as técnicas e os avanços tecnológicos impulsionam ainda mais a descoberta de novos produtos e serviços e consequentes novos riscos.

Nesse contexto, Beck afirma que novos saberes produzem novas incertezas diante da falha de parte das condições de cálculo e processamento institucional dos riscos procedentes de novas tecnologias.⁸³

Todo esse panorama traçado por Fábio André Guaragni mostra a mudança na relação do tecido social com o Direito Penal. Uma sociedade que é portadora de um roteiro coletivo de valor, consciente do que lhe é valioso, fornece ao direito penal o que lhe convém que seja protegido.

Já em um tecido social desreferencializado, que perdeu a noção do que é ou não é valioso, não se é capaz de indicar à dogmática penal o que se quer proteger, levando-o a realizar a identificação daquilo que é valioso e produzindo o bem a ser protegido. Depois disso, o direito penal – através da atuação do poder legislativo – apresenta esse novo interesse de proteção ao tecido social. Disso deriva a invenção de bens jurídicos penais correlatos às novas técnicas: por um lado, o direito penal as monitora enquanto incumbido da missão de conter riscos; por outro, identifica o certo e o errado sem uma clara pauta de valores sociais como base.

Esse valor é entendido pelo direito administrativo-sacionador, onde o Estado busca identificar aquilo que é valioso ao sujeito e proteger em favor de um tecido social incapaz de produzir essa definição, bem como busca a contenção de riscos procedentes das tecnologias.⁸⁴

Portanto, essa nova espécie de criminalidade produzida pelo processo de globalização da economia, efetivado através de uma ofensividade da ordem econômica alcançada de maneira elástica, é operacionalizada das mais diversas

⁸³ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo Mundial**. Barcelona: Paidós, 2008. p. 23.

⁸⁴ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v. 12, n. 1. 2012. p. 43-44.

maneiras, inclusive condutas que atualmente nem foram imaginadas pelo legislador, o que acarreta um justificado aumento do uso das técnicas de reenvio em busca da tutela da ordem econômica.

Assim, a atuação do direito penal nas áreas tecnologicamente sofisticadas, difundidas pelo invento desses novos interesses da tutela criminal, impulsionadas por um papel de gerenciador de riscos assumido pelo Estado, coordenadas com o direito administrativo, tem, na norma penal em branco complementada por outra de cunho administrativo, bem como nas remissões a atos administrativos concretos (autorizações, licenças, etc.), sua mais significativa fotografia.

Na grande maioria, são ordenamentos extrapenais regulatórios que detêm um impacto decisivo no "atuar" do sujeito, ou até mesmo para informar o sujeito detentor do poder decisório.

A técnica de construção desses tipos penais vale-se de regulamentações que existem em campos financeiros ou administrativos, via de regra, dos quais demanda a necessidade de uma maior celeridade. A interação entre os campos do direito penal e do direito administrativo é realizado através dessas técnicas de reenvio.

Para Faria Costa e Costa Andrade, a utilização dessas técnicas de reenvio comporta tanto o perigo da falta de clareza e de rigor, como também uma delegação excessiva de um poder legislativo em favor da administração pública.⁸⁵

Marcia Domentila busca dentro da recomendação nº 8, do XIII Congresso Internacional de Direito Penal, a afirmação de que, em relação à descrição dos crimes, o emprego de técnicas que fazem remissão a uma instância normativa externa ao campo penal, com o fim de determinar quais sejam as condutas incriminadas, pode levar tanto ao risco de imprecisão ou falta de clareza, quanto a um excesso de delegação do poder legislativo à administração. A conduta ou o resultado proibitivo devem estar especificados no próprio preceito penal para que princípios basilares do campo criminal não sejam lesados.

Essa recomendação estabelece uma importante restrição às regras de formulação das normas penais em branco e outras técnicas de reenvio, visando

⁸⁵ COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. In: Podval, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: RT, 2001. p. 119.

garantir que a conduta e o resultado proibidos devam sempre estar determinados no conteúdo do ilícito, minimizando assim, o risco à sua função de garantia.⁸⁶

O uso intensivo da norma penal em branco, das remissões a atos administrativos concretos, dos tipos penais abertos e dos elementos normativos do tipo, implicam todos em reenvio à normas extratipo, portanto exige-se que tais técnicas sejam claramente distinguidas, identificadas e separadas, acima de tudo porque é daí que resultam os efeitos práticos diversos, tangentes: i) aos limites que o princípio da reserva legal opera em relação a cada tipo penal que os empregue; e ii) ao tratamento do sensível tema do erro, tanto de tipo quanto de proibição.⁸⁷

⁸⁶ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 98-99.

⁸⁷ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v. 12, n. 1. 2012. p. 46.

3 TÉCNICAS DE REENVIO E DIREITO PENAL ECONÔMICO

Na medida que se pesquisa o campo econômico do Direito Penal, compreende-se porque não raras vezes o legislador optou por criminalizar condutas em forma de normas penais incriminadoras incompletas. No período pós moderno, com o constante avanço das tecnologias em um mundo "completamente" globalizado, onde há evidente verticalização do conhecimento, fica ainda mais claro que a sociedade – tecnológica – é muito mais dinâmica que as leis, por isso, o campo do direito penal busca se adaptar a essa nova ordem social, e o faz através da utilização proliferada de leis penais em branco e outras técnicas de reenvio.⁸⁸

Significa dizer que, na esfera do direito, se houvesse necessidade do processo legislativo para atualizar determinados campos que ficam sob a tutela do direito penal, essa seria via de regra atrasada. Portanto, o legislador faz uso de normas penais em branco e outras técnicas de reenvio⁸⁹ como válvula de escape, o que acaba por culminar em uma mecânica célere de atualização da legislativa. Isso mostra a dupla utilidade político-criminal das normas penais em branco: a primeira, remete a norma penal incriminadora incompleta à complementos, cuja edição exige menos formalidades que a lei penal, e portanto, permite uma constante atualização do tipo incriminador sem que haja necessidade de revisão mediante sucessivos projetos de lei; a segunda, refere-se ao avanço na área de conhecimento técnico, lembrando o legislador da necessidade de um conhecimento técnico para edição de normas penais tangentes às áreas da vida mais sofisticadas.⁹⁰

É dizer, as normas penais transitam por setores (informática, segurança alimentar, biossegurança) diversos e o legislador não detém conhecimento especializado sobre todas essas matérias. Quem possui o conhecimento são os especialistas, que se apresentaram de forma massiva no período pós revolução

⁸⁸ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 90.

⁸⁹ As técnicas de reenvio sintetizam um grupo de categorias da dogmática penal onde a matéria da proibição não está completamente delineada na redação do tipo. Logo, de alguma maneira esse tipo carece de complementos. Esses complementos derivam de outras normas, que podem ser tanto normas penais quanto extrapenais, jurídicas ou costumeiras, escritas ou não. Fazendo então com que o tipo reenvie a estas normas aspectos destinados a circunstanciar o conteúdo comportamental proibido. Essas técnicas de reenvio podem ser normas penais em branco, elementos normativos do tipo, tipos abertos e remissões a atos administrativos concretos.

⁹⁰ GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 32.

industrial. Nesse sentido, Fábio André Guaragni afirma que a atuação do direito penal sobre áreas que são tecnologicamente sofisticadas e expandidas por novos interesses da salvaguarda penal – coordenada com o direito administrativo – tem na norma penal em branco a sua mais significativa fotografia.⁹¹

A primeira constatação que se faz, é a de que se há um pedaço em branco, há um pedaço da lei que é *lex incerta* – e que é preenchido por decreto, portaria ou resolução –, a observação lógica é de que tais mecanismos vão frontalmente contra o princípio da reserva legal, uma vez que não há crime sem lei anterior que o defina.

Marion Bach afirma que, em razão da necessidade da lei penal ser certa, o legislador busca coibir incriminações vagas, indeterminadas ou obscuras – trata-se do consagrado princípio da taxatividade⁹² –, essa precisão é referente à conduta tipificada e à sanção.⁹³

Para tanto, alguns limites são criados a fim de dar caráter constitucional às normas penais em branco: i) a norma penal em branco não pode desrespeitar preceitos constitucionais; ii) quem define o núcleo do tipo penal deve obrigatoriamente ser o legislador; iii) o legislador tem o ônus de definir todo o comportamento e tudo que não seja técnico – sujeito, objeto do crime, etc.

Claus Roxin afirma que os princípios de interpretação de direito penal devem formular um preceito penal preciso e determinado, ainda que se possa deduzir um claro fim de proteção por parte do legislador, no qual o teor literal determine limites à interpretação arbitrária.⁹⁴

O que é realmente peculiar, na ordem econômica, é o fato de que em um Estado, cuja função constitucional é a de garantir a liberdade do mercado (art. 170 Constituição Federal)⁹⁵, incumbe ao poder legislativo tomar conta da programação genérica, e ao poder executivo, a tomada de posição específica acerca dos rumos das políticas econômica e social. A velocidade e a volatilidade da economia, num mercado globalizado, resulta em constantes mudanças nas demandas por

⁹¹ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 23.

⁹² *Nullum crimen nulla poena sine lege certa*.

⁹³ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 120 – 136.

⁹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – Parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014. p. 113.

⁹⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios(...) IV – livre concorrência(..)

prestatividade social, exigindo por parte do Estado, respostas rápidas e capazes de prevenir ou até superar crises econômicas e de adequar as contingências da situação às possibilidades de prestatividade social. É evidente que a morosidade do processo legislativo revelar-se-ia incompatível para sobrepor interesses políticos nacionais às diretrizes *glocais*⁹⁶ do desenvolvimento econômico.⁹⁷

O deslocamento da competência regulatória faz com que haja uma espécie de mitigação do princípio da legalidade:⁹⁸ isso porque a reserva legal abandona a fórmula garantidora estabelecida por um estado liberal para autorizar aprioristicamente, ao poder público, uma gestão direta de grandes interesses gerais. O produto da atuação legiferante da administração é substituído por um estatuto negativo, é dizer, o Estado através do poder Executivo está autorizado a agir sempre que a lei não proíba a sua atuação. Com isso, generalidade e abstração legal cedem espaço a uma pulverização de direito legislado, ocasionado pela multiplicação de leis específicas e temporais produzidas a partir das tensões de interesses vivenciados em uma sociedade pluralista característica de regimes democráticos.⁹⁹

3.1 MODALIDADES DE REENVIO

Levando-se em consideração que a ordem econômica é um bem jurídico supraindividual e há vinculação com outros ramos do direito, principalmente com o campo do direito administrativo, sua regulação está condicionada diretamente por normas provenientes de outras esferas jurídicas. Por isso, para que a ordem econômica seja atingida, há necessidade da violação prévia das normas que regulam o seu conteúdo, e, se por qualquer razão, seja histórica, social ou econômica, houver mudança nas normas reguladoras, haverá também variação do conteúdo do próprio bem jurídico tutelado.

⁹⁶ O termo "glocal" resulta de um neologismo dos termos globalização e localização. Diz respeito à presença da dimensão local mas que acontece em todas as partes do globo.

⁹⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70.

⁹⁸ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. **Direito Económico**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 25.

⁹⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70.

Nessa situação, faz sentido o uso das técnicas de reenvio para a manutenção da ordem jurídica e salvaguarda do bem jurídico; através delas, uma conduta é adequada ao tipo penal, que por sua vez, é remetida à uma Norma regulamentadora extrapenal ou penal para sua complementação.

São quatro as modalidades de reenvio: i) norma penal em branco; ii) elementos normativos do tipo; iii) tipos abertos; e iv) remissão a atos concretos da administração pública.

3.1.1 Norma Penal em Branco

O ponto de partida, quando se estuda lei penal em branco, principia com uma elaboração conceitual desta técnica legislativa, a doutrina não oferece um conceito sobre o tema.¹⁰⁰ Bernd Schunemann afirma que a definição das leis penais em branco seria simplesmente, leis penais que amarram a ameaça de sanção a uma conduta tipicamente delimitada por outras fontes do Direito, porém, ineficazes em suas funções de delimitar a temática.¹⁰¹

Karl Binding, ao conceituar lei penal em branco, afirmou que na Alemanha os estados federados têm a possibilidade de complementar algumas leis penais, constatando, além disso, alguns traços, tais como: o fato de as leis penais em branco se caracterizarem pela ameaça com pena à violação a proibições estabelecidas por uma autoridade federal, local ou outras de um poder legislativo particular; por permitir que o Direito Particular decida quais são as autoridades que detém a faculdade de estabelecer proibições; por possibilitar que estas proibições se estabeleçam por um tempo após ter sido ditada a lei penal.¹⁰²

Para Manuel A. Abanto Vásquez, as leis penais em branco constituem-se numa técnica de tipificação de condutas mediante uma descrição típica incompleta,

¹⁰⁰ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 146.

¹⁰¹ SCHUNEMANN, Bernd. Las Reglas de la Técnica en Derecho Penal. In: **Obras, Tomo II, Colección Autores de derecho penal**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2009. p. 248.

¹⁰² BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 146.

isto é, o tipo penal não descreve totalmente a conduta proibida, confiando a outras normas o condão de definir o conteúdo da proibição.¹⁰³

Foi Mezger que ampliou o conceito de lei penal em branco, inclusive atribuindo classificações – imprópria ou própria.¹⁰⁴

Constitui lei penal em branco heterogênea aquela que permite a complementação por disposição emanada de outra instância legislativa, isto é, de uma instância legislativa que é hierarquicamente inferior à da lei formal; já, a lei penal em branco homogênea é aquela que exige a complementação por uma instância legislativa contida na mesma ou em alguma outra lei de hierarquia legislativa igual.

Assim, poderíamos considerar como a verdadeira norma penal em branco somente a heterogênea ou própria, pois o legislador não precisa de um especialista para complementar o que ele mesmo fez.

Marion Bach, ao pesquisar na doutrina nacional e estrangeira, constatou a existência de três posições diferentes sobre o conceito de lei penal em branco: uma posição extensiva, uma restritiva e outra intermediária. i) a extensiva, se aproxima dos conceitos de Mezger, admitindo uma distinção entre leis penais homogêneas e heterogêneas, incluindo ainda a categoria *sui generis* de lei incompleta, qual seja, todos os casos em que a disposição penal não contempla os pressupostos do fato, inclusive se o complemento necessário encontra-se em outro preceito da própria lei; ii) a restritiva defende que apenas estaria no rol da lei penal em branco aquela que remete a complementação à instância inferior, não importando a natureza penal ou extrapenal da disposição a que a lei incompleta remete; iii) a corrente intermediária afirma que o conceito de lei penal abrange todos os casos em que o complemento necessário se encontra fora da lei penal, independentemente do nível hierárquico do qual provém o complemento. Portanto, o conceito de lei penal em branco é: toda lei cujo pressuposto se acha consignado fora da própria lei, independentemente do nível normativo da lei que o complementa – inferior ou não, ao da lei formal.¹⁰⁵

¹⁰³ ABANTO VASQUEZ, Manuel. El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos. Revista Peruna de Ciencias Penales. Año V. Nº 9/ Gráfica Horizonte. Lince. Lima. p. 8.

¹⁰⁴ Preferimos utilizar homogênea ou heterogênea.

¹⁰⁵ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 148-150.

Importa saber, que diante de setores dinâmicos e complexos – como a ordem econômica –, para que se evite uma permanente modificação da lei penal ou uma petrificação da mesma, seria recomendável que o ordenamento penal fosse apenas um parâmetro e ficasse delegado às autoridades de instâncias especializadas a determinação do conteúdo variável.¹⁰⁶ Seguindo na mesma linha de pensamento, Dulce María Santa Vega afirma que as normativas penais em branco se mostram como uma necessidade, com a finalidade de evitar o engessamento da regulamentação penal. Isto porque, a variabilidade de certas atividades, o ritmo da evolução social, técnico-científica ou inclusive econômica, convertem a regulamentação de determinados tipos penais rapidamente em obsoletas, necessitando constantes modificações, o que se tornaria inviável no processo de elaboração de leis orgânicas.¹⁰⁷

Nos dizeres de Gian Luigi Gatta normas penais em branco são aquelas cujo modelo de preceito é colocado, no todo ou em parte, por um padrão de norma diferente daquele que impõe a sanção. Em outras palavras, as normas penais em branco se apresentam de forma incompleta, havendo necessidade de serem integradas por outras normas, elas são incompletas em seu componente descritivo e não sancionatório¹⁰⁸

O autor ainda relaciona algumas especificidades de uma norma penal em branco: **i.** via de regra norma penal em branco é sinônimo de norma penal incompleta cujo preceito é, em todo ou em parte, complementado por outra norma; **ii.** a norma penal pode ser totalmente em branco ou parcialmente em branco; **iii.** norma penal totalmente em branco é aquela que está contida em uma lei que só contém o preceito secundário, por exemplo: "é punido com pena de X, quem não observar as disposições da lei nº x; ou "será punido com a pena de X anos quem não observar o disposto no art. xx da lei Y"; **iv.** a norma penal parcialmente em branco possui parte do preceito - onde um ou mais elementos constitutivos do crime e o objeto material da conduta - está descrito em uma norma diversa daquela que prevê a sanção, por exemplo: "é punido com a pena de X anos quem possui ou

¹⁰⁶ MOLINA, Antonio Garcia Pablos de. **Direito Penal: Parte Geral.** v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 364.

¹⁰⁷ SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco.** Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2000. p. 17.

¹⁰⁸ LUIGI GATTA, Gian. **Abolitio Criminis e successione di norme "integratici": teoria e prassi.** Milano. Giuffrè, 2008. p.65

comercializa as substâncias elencadas no decreto nº Y, ou ainda na lei de nº Z"; **v.** norma que complementa o preceito - em todo ou em parte - da lei penal em branco deve sempre ter um caráter geral e abstrato; Adverte Gian Luigi Gatta que um ato concreto do Poder Executivo, do Poder Judiciário ou de organismos supranacionais, nunca podem integrar uma norma penal em branco. **vi.** qualquer disposição legal de caráter geral e abstrato pode, via de regra, qualquer que seja sua origem, funcionar como uma norma de preenchimento de uma norma penal em branco. Portanto, o preceito da norma penal em branco pode ser preenchido em todo ou em parte por: **a)** uma disposição normativa contida em uma lei formal do estado; **b)** uma norma de fonte sub-legislativa, contida em um provimento geral e abstrato do poder executivo; **c)** uma norma geral e abstrata de uma fonte supranacional; **vii.** via de regra, uma norma penal em branco pode ser integrada tanto por uma norma preexistente quanto por uma norma futura, isto é, aquela que não é emitida no momento em que entra em vigor a norma penal em branco.

Portanto as normas podem ser: **a)** preesistentes, de fonte legal; **b)** preesistentes, de fonte sub-legislativa ou supranacionais; **c)** futuras, de fonte legal; **d)** futuras, de fonte sublegislativa ou supranacional.¹⁰⁹

Marion Bach afirma também que, por conta do dinamismo dos bens jurídicos salvaguardados, as condutas violadoras e as formas de realizá-las se inovam e se alteram constantemente, de modo que a sua inclusão expressa e detalhada no tipo penal exigiria sucessivas reformas. Por isso, a importância da lei penal em branco, mantendo atualizado o tipo, mesmo na hipótese de ocorrer uma nova modalidade de violação, imprevisível em um primeiro momento aos olhos do legislador.¹¹⁰ Seguindo esse raciocínio, Antônio Doval Pais defende que, os ataques a bens jurídicos tão complexos, como a ordem econômica, podem vir de várias direções e ser realizados de maneiras tão distintas que seria impossível de prever quando da elaboração da lei penal, seja pelo número e pela variedade, ou pelo desconhecimento técnico do legislador.¹¹¹

¹⁰⁹ LUIGI GATTA, Gian. **Abolition Criminis e successione di norme "integratici": teoria e prassi.** Milano. Giuffrè, 2008. p. 69-74.

¹¹⁰ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal.** São Paulo: Almedina, 2014. p. 161.

¹¹¹ DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y Límites para la Reformulación de las Normas Penales: El caso de las leyes en blanco.** Valencia: Tirand Lo Blanch, 1999. p. 50.

Logo, o objetivo das leis penais em branco é o de satisfazer os fundamentos que justificam a sua existência: atribuir flexibilidade e capacidade de atualização da lei penal, e possibilitar a elaboração de parte do que será proibido por quem possui conhecimento específico e aprofundado na matéria a ser regulada.¹¹² Portanto, somente pode ser eleita como norma penal em branco aquela cuja função é tipificar delitos.¹¹³ Quando a lei penal prevê a sanção e remete parte do seu preceito primeiro à complementação, estamos diante de uma lei penal em branco.

A maior parte do ordenamento penal econômico brasileiro incrimina condutas através de leis penais em branco, fazendo com que as disposições do tipo sejam reenviadas para decretos, regulamentos ou simples resoluções da autoridade administrativa.¹¹⁴

Exemplo dessa modalidade de dispositivo penal no direito pátrio está previsto no artigo 68 da Lei nº 9.605/98, o qual prescreve uma conduta punível com detenção de um a três anos para aquele que deixa de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental e que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo. Isso porque referido dispositivo impõe sob uma ameaça de pena, que sejam observados deveres que, todavia, ele não estabelece.

No Uruguai, a lei nº 14.095, denominada como lei "de ilícitos económicos", sancionava através de leis penais em branco os delitos de negócio ilegal de divisas, condutas cuja tipificação dependia de uma regulamentação do Banco Central Uruguio ou de leis de controle de preço e de câmbio.¹¹⁵

Afirma Milton Cairolí entretanto, que esse "controle" feito através de normas penais em branco, seguia certas recomendações proferidas no *XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, celebrado no Cairo em 1984, sob a premissa de que deveriam ser formuladas essas leis penais em

¹¹² BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 165.

¹¹³ GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos concretos de autorização administrativo: o panorama político-criminal comum, distinções e repercussões relativas ao princípio da reserva legal**. Trabalho inédito. Curitiba, 2012.

¹¹⁴ CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo. La imprescindible tensión dinámica entre el derecho penal económico y la política criminal. In: CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo et al. **Nuevos desafíos en Derecho Penal Económico**. Montevideo: IBdeF, 2012. p. 91.

¹¹⁵ RIGHI, Esteban. **El derecho penal económico comparado**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991. p. 60.

branco. O artigo 7¹¹⁶ afirmava que as condutas proibidas deveriam ser descritas com precisão; já o artigo 8¹¹⁷ consubstanciava que em relação aos delitos que fizessem remissão à normas extrapenais, para completar o tipo, poderia ocasionar uma imprecisão hermenêutica, e, por isso, o resultado proibido deveria estar especificado no próprio preceito primário da norma penal.¹¹⁸

No mesmo sentido, já havia se manifestado o Tribunal Constitucional Espanhol ao proferir a sentença colegiada em 5 de julho de 1990, nº 127/90,¹¹⁹ afirmando que:

“A utilização e aplicação judicial de leis penais em branco, desde que a especificidade adequada para a conduta criminosa esteja suficientemente especificada no complemento indispensável para o comportamento padrão a que o direito penal é submetido, resultante está salvaguardada a função de garantia do tipo com a possibilidade de conhecimento da atividade penalmente conminada.”¹²⁰

Como já comentado, a importância de leis penais em branco para garantir eficiência do direito penal econômico é imprescindível e indispensável para assegurar que a função do Direito Penal¹²¹ seja devidamente efetivada.

Em vista disso Manuel Abanto Vásquez, questiona se a complementação da lei penal em branco deve ser feita por lei ou por uma norma de hierarquia inferior, como por exemplo um decreto administrativo.

Esse assunto, que diz respeito a divisão dos poderes ou hierarquia constitucional das normas, sequer foi alvo de discussão no Peru, pois o Código

¹¹⁶ Art. 7. En el derecho penal económico y de la empresa debería evitarse, en lo posible, las cláusulas generales, éstas deberán interpretarse restrictivamente. Las conductas prohibidas deben describirse con precisión.

¹¹⁷ Art. 8. En relación con la descripción de los delitos, el empleo de técnicas de remisión a instancias normativas fuera del derecho penal, para determina cuáles son las conductas que se incriminan, puede convellar el peligro de imprecisión y falta de claridade, así como un exceso de delegación del poder legislativo en la Administración. La conducta o el resultado prohibidos deben estar especificados, en lo posible, en el propio precepto penal

¹¹⁸ CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo. La imprescindible tensión dinámica entre el derecho penal económico y la política criminal. In: CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo et al. **Nuevos desafíos en Derecho Penal Económico**. Montevideo: IBdeF, 2012. p. 91.

¹¹⁹ Tribunal Constitucional Español. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/1552>> Acesso em 13/11/2015.

¹²⁰ “La utilización y aplicación judicial de leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.” Tradução Livre.

¹²¹ Proteção de Bens Jurídicos.

Penal peruano foi emitido através de decreto legislativo¹²² assim como várias das modificações posteriores efetuadas no ordenamento, se deram também por decretos legislativos, por exemplo: D. Leg. 896, de delitos agravados; D. Leg. 822, Lei sobre Direitos do autor.¹²³

Ao contrário, em alguns países da Europa não é esse o entendimento. Na Alemanha e na Espanha, a lei penal é vista como uma lei formal e material. Isto é, não é possível que o poder Executivo edite, de maneira direta ou indireta, leis penais que possuam uma pena privativa de liberdade. Na Espanha, a privação da liberdade como pena ou medida de segurança, só pode ser fixada por uma lei orgânica¹²⁴, isso se dá com o escopo de evitar que seja burlada a finalidade principal do princípio da legalidade, qual seja, impedir a arbitrariedade.¹²⁵

Com efeito Manuel Abanto Vasquez aponta que a doutrina alemã, admite a legitimidade dos tipos penais em branco. Quando a remissão se dá por meio de normas legais hierarquicamente inferiores, os tipos penais só podem estar contidos em leis formais específicas. Para evitar a violação do princípio da certeza ou da proibição da analogia, o legislador deve fazer remissão expressa do delito que pretende penalizar, de forma que o cidadão possa deduzir dessa lei a situação para sua punibilidade e tipo de pena. Nos casos em que os tipos penais estipulem penas privativas de liberdade, a norma de complementação deve somente especificar os elementos do tipo, jamais modificar algum elemento.¹²⁶

Uma parte da doutrina espanhola¹²⁷ rechaça abertamente essa posição, sob a alegação de que várias dessas leis penais em branco destinam-se a acobertar interesses anteriormente protegidos exclusivamente pelo direito administrativo, havendo uma concorrência de tutelas, a penal e administrativa, com o perigo da

¹²² Decreto nº 635 publicado em 08/04/1991

¹²³ ABANTO VASQUEZ, Manuel. El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos. **Revista Peruna de Ciencias Penales**. Ano V. Nº 9/ Gráfica Horizonte. Lince – Lima. p. 10.

¹²⁴ Nesse sentido ver MIR PUIG. **Derecho penal**. Parte general. 1996. P. 512.

¹²⁵ ABANTO VASQUEZ, Manuel. El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos. **Revista Peruna de Ciencias Penales**. Ano V. Nº 9/ Gráfica Horizonte. Lince – Lima. p. 16.

¹²⁶ ABANTO VASQUEZ, Manuel. El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos. **Revista Peruna de Ciencias Penales**. Ano V. Nº 9/ Gráfica Horizonte. Lince – Lima. p. 25.

¹²⁷ GARCIA ARÁN. p. 87. MESTRE DELGADO p. 517. MUNOZ CONDE. P.116. BUSTOS p.76.

mútua neutralização pela inoperância da lei penal, e como consequência, a desproteção do bem jurídico.¹²⁸

Mesmo com as severas críticas, essa situação não sofreu alterações, o novo código penal espanhol de 1995 trouxe uma série de tipos penais protetores de interesses administrativos.

3.1.2 Elementos Normativos do Tipo (culturais e jurídicos)

Sabe-se que, em decorrência do princípio da legalidade, o tipo penal deve ter uma estrutura complexa e formada por elementos que garantam, de forma clara, a descrição de uma conduta proibida. A doutrina os classifica em três categorias: os elementos objetivos, que se desdobram em objetivo-descritivos e normativos, e os subjetivos.

Afirma Assis Toledo que os elementos objetivos abrangem todas as circunstâncias da ação típica que não pertençam à psiquê do agente.¹²⁹ Logo, essa classe independe do sujeito, caracterizando-se em um âmbito externo do tipo penal.¹³⁰

O propósito dos elementos objetivos é o de fazer com que o agente tenha conhecimento de todos os dados necessários à caracterização do injusto, os quais, obrigatoriamente, farão parte do seu dolo.¹³¹ Inseridos no elemento objetivo, encontram-se os elementos objetivos descritivos. Se constatem através da mera verificação sensorial por parte do sujeito, não havendo necessidade de qualquer juízo de valor. Também incluídos no elemento objetivo, se encontram os elementos normativos, que, carecem de valoração jurídica ou ético social para que sejam

¹²⁸ LANDÍN, Manuel Gerpe. **Posicion y funciones de los tribunales superiores de justicia**. Barcelona. Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autòmics. 2008. p. 699.

¹²⁹ ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 152.

¹³⁰ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 187.

¹³¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Impetus. 2010. p. 166.

compreendidos.¹³² Já os elementos subjetivos consistem em dados representativos de um estado psíquico-volitivo do agente, leia-se: dolo, motivos, intenções.¹³³

Os elementos normativos podem ainda ter uma valoração cultural – ético-social –, como no caso dos termos "beijo lascivo", "ato obsceno"¹³⁴ "gerir temerariamente", dentre outros, ou ainda uma valoração jurídica, como no caso dos termos "funcionário público", "documento público", etc.

Os descritivos, expressam uma realidade tangível, isto é, podem ser capturados ou captados por nossos sentidos, por exemplo: "matar", delito previsto no artigo 121, enquanto os normativos carecem do auxílio de outras normas penais ou extra penais para que se compreenda o real significado do elemento disposto, por exemplo: "tributos", no delito supressão de tributos.¹³⁵

Os primeiros a serem abordados são os elementos descritivos, inerentes a todos os tipos penais, e que por meio de um verbo, apontam precisamente o teor de uma conduta proibitiva ou ordenada, acrescentando ainda em quais os objetos a conduta recairá. Não bastasse, ainda indicam situações de tempo, modo de execução e local, e são de conhecimento fácil por qualquer pessoa, independente de uma atividade valorativa de cognição sobre o seu conteúdo.

Isto é, elementos descritivos de um tipo penal tem o objetivo de revelar objetos, seres, coisas ou atos perceptíveis pelos sentidos, por exemplo: "matar"; "alguém"; "veneno"; "repouso noturno", etc.¹³⁶ Ou também, "embalagens, invólucros, recipientes"¹³⁷; "fauna, cativoiro, ovos, larvas, rios, lagos, açudes, lagoas, baías"¹³⁸ "dinheiro"¹³⁹

¹³² ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 154.

¹³³ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 189

¹³⁴ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 190.

¹³⁵ ABANTO VASQUEZ, Manuel. El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos. **Revista Peruna de Ciencias Penales**. Ano V. Nº 9/ Gráfica Horizonte. Lince – Lima. p. 18.

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 200.

¹³⁷ Art. 63. da Lei nº 8.078/90.

¹³⁸ Art. 29 e 33 da Lei nº 9.605/98.

¹³⁹ Lei nº 7.492/86.

Em segundo, vem os elementos normativos, isto é, são aqueles cuja compreensão do tipo de delito exigem uma exposição de juízos de valor do intérprete ou do julgador, inclusive para diferenciar os delitos entre si.¹⁴⁰

Diferente do que se percebe nos elementos descritivos, tão somente a atividade cognitiva é insuficiente para uma interpretação do comando normativo, de maneira a se exigir do intérprete um verdadeiro exercício de valoração, que pode ser cultural ou jurídico, como por exemplo "coisa alheia" e "documento".¹⁴¹

Com base nesse entendimento, Miguel Díaz y García Conlledo aponta uma desigualdade entre os elementos normativos e descritivos, afirma que, se o elemento somente pode ser entendido por referência a algum tipo de norma, estamos frente a um elemento normativo do tipo.¹⁴²

Entretanto, não é uníssono na doutrina essa divisão entre elementos descritivos e normativos. Claus Roxin faz referência acerca da delimitação dos elementos normativos e descritivos em questões concretas, afirma que por vezes, até mesmo elementos que em um primeiro momento parecem descritivos, como "subtrair" ou "morada", em hipóteses duvidosas, devem ser interpretados conforme a destinação de proteção do bem jurídico com o amparo de critérios normativos, de modo que praticamente todos os elementos seriam normativos. Da mesma maneira os conceitos normativos tampouco se apresentariam como puras valorações, já que possuem um substrato descritivo.¹⁴³⁻¹⁴⁴

Da mesma maneira Tischler¹⁴⁵ não concorda com essa divisão entre elementos normativos e descritivos afirmando que existiriam apenas elementos normativos, enquanto Mezger nada apresenta para contrastar a constatação de que todos os pressupostos do crime, como elementos que são da norma incriminadora

¹⁴⁰ TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito** (variações e tendências). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 38-39.

¹⁴¹ ALMEIDA, André Vinícius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 93.

¹⁴² CONLLEDO, Miguel Díaz y García. Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error. In: LUZON PEÑA, Diego Manuel; PUIG, Santiago Mir. **Cuestiones actuales de la teoría del delito**. Madrid: McGraw-Hill, 1999. p. 65-68.

¹⁴³ ROXIN, Claus. **Tratado de derecho penal: tomo general**. Traducción de la 2. ed. alemana por Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 306-307.

¹⁴⁴ Nesse sentido também é a posição de SUAY HERNÁNDEZ (1991,p, 109) e de TAVARES (2002, p.230-232).

¹⁴⁵ ¹⁴⁵ TISCHLER, Werner Georg. Verbotirrtum und Irrtum uber normative Tatbestandmerkmale. Dogmengeschichte aines Abgrenzungsproblems. Berlin: Duncker & Humboldt, p. 34. apud SUAY HERNÁNDEZ. Los elementos normativos. Revista Peruana p.290

estão referidos aos valores que ela consagra e que orientam sua aplicação, e têm seu sentido e alcance definido a partir deles.

Nos dizeres de Tischler, os elementos normativos possuem em certos momentos da realidade aspectos descritivos. De outro lado, os elementos descritivos assinalam também conteúdos que vão além da pura cognição, de maneira que o seu significado social não pode ser compreendido mediante uma mera percepção dos fatos. Isso levou o autor a concluir que todos os elementos do tipo são mais ou menos descritivos ou normativos; e entre eles não haveria qualquer diferença fundamental, qualitativa, mas sim quantitativa, já que os elementos normativos não se distinguem dos descritivos quanto à classe, mas tão somente ao grau da compreensão que eles demandam.¹⁴⁶

3.1.2.1 Elementos de Valoração Global do Fato.

Os elementos de valoração global do fato são aqueles que supõe uma remissão ao ordenamento jurídico como um todo e não uma norma específica para determinar os pressupostos objetivos que embasam o juízo de antijuridicidade.

Esses elementos, estabelecem um ponto de intersecção entre os juízos de tipicidade e de ilicitude, pois são conformados por expressões adjetivas do fato, onde o sentido coincide justamente como a valoração definida como injusto. O legislador ao empregar um elemento de valoração global como reprovável, deixa de descrever pormenorizadamente um tipo delitivo abstrato, mas impõe, por outro lado, a punibilidade do fato delineando na lei penal a verificação do que seria a sua antijuridicidade material.¹⁴⁷

A respeito dos elementos de valoração global do fato, Claus Roxin observa que a reprovabilidade da coação, que é exercida pelo autor, não se restringe apenas

¹⁴⁶ TISCHLER, Werner Georg. Verbotirrtum und Irrtum uber normative Tatbestandmerkmale. Dogmengeschichte aines Abgrenzungsproblems. Berlin: Duncker & Humboldt, p. 34. apud SUAY HERNÁNDEZ. Los elementos normativos. Revista Peruana p.290

¹⁴⁷ ROXIN, Claus. **Tratado de derecho penal: tomo general**. Traducción de la 2. ed. alemana por Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 300.

ao que designa um injusto típico, mas também, ao concreto caráter injusto de um constrangimento exercido em um caso particular.¹⁴⁸

O autor propõe ainda uma decomposição dos elementos de valoração global em dois estratos: o dos pressupostos da valoração a que fazem referência, e o da valoração em si. Desse modo Roxin coloca no tipo os pressupostos tanto positivos quanto negativos da valoração global, reservando para a ilicitude apenas a valoração definitiva do fato que de tais pressupostos resulta.

Essa solução impõe que os elementos de valoração global não apenas determinam a ilicitude de uma particular realização do fato, mas também os pressupostos objetivos da sua proibição geral.

Quando um elemento normativo do tipo que evoca o caráter global injusto do fato, como "injustamente" (art. 98 da lei 8.666/93)¹⁴⁹, "sem justa causa" (art. 7º, I da Lei 8.137/90)¹⁵⁰, "indevidamente" (art. 195, V da Lei nº 9.279/96)¹⁵¹. O elemento "injustamente" da Lei nº 8.666/93, descreve e valora como um injusto punível, a obstaculização ou o impedimento da inscrição em cadastro de fornecedores da administração pública, de qualquer interessado em com ela colaborar. O elemento "sem justa causa", na Lei nº 8.137/90, descreve e valora como tipo do injusto contra a ordem econômico, o comportamento típico de favorecimento ou de preferência a determinado comprador ou freguês no mercado. O elemento "indevidamente", na Lei nº 9.279/96, descreve e valora a utilização de nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia, alheios, entre os tipos de injusto que caracterizam os crimes de concorrência desleal.

Nota-se nesses dispositivos que a conduta incriminada está definida em função de todos os pressupostos da ilicitude de suas particulares concretizações. O que acaba por gerar uma consequência diferente quando se fala do instituto do erro.

¹⁴⁸ ROXIN, Claus. **Tratado de derecho penal**: tomo general. Traducción de la 2. ed. alemana por Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 300.

¹⁴⁹ "Art. 98 Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro de inscrito: penal - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa."

¹⁵⁰ "Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: I- favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores; [...] pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. "

¹⁵¹ "Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: [...] V- usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;"

3.1.2.2 Diferença entre Lei Penal em Branco e Elementos Normativos

Gian Luigi Gatta aponta como diferença entre norma penal em branco e elemento normativo o fato de que o preceito penal contido em um tipo penal que faz remissão a um ou mais elementos normativos já está completo, isto é, a remissão não tem o escopo de completar a norma incriminadora. Além disso o modelo de conduta descrito pela norma penal é em si, perfeitamente compreensível pelo sujeito sem o elemento normativo.¹⁵²

Pilar Gomes Pavón afirma que a diferença entre lei penal em branco e os atos normativos reside na função que cada um desses institutos cumpre quando estão diante de uma outra norma. Encontrando-se diante de elementos normativos sua função é interpretativa. Havendo remissão à outra disposição, estar-se-á diante de uma lei penal em branco.¹⁵³ O mote que diferencia ambos os institutos, reside na finalidade a que eles se prestam: enquanto as leis penais em branco buscam complementação para exercer uma função integrativa ou constitutiva da lei penal, os elementos normativos do tipo buscam complementação para exercer uma função interpretativa ou de compreensão da lei penal.¹⁵⁴

Manuel Abanto Vásquez afirma que o critério para se distinguir a lei penal em branco do elemento normativo, não pode depender da mera existência de uma remissão a uma norma extrapenal de menor hierarquia que uma lei formal. Para garantia da segurança jurídica, deve se buscar um critério material, baseado na função atribuída a essa norma complementadora diante do tipo penal em questão.¹⁵⁵

Nesse patamar, Mercedes Así Garcia Arán afirma que, se a norma completadora só tem o propósito de auxiliar na interpretação do tipo penal, quando o tipo já estiver completo quanto aos os seus elementos, estaremos diante de um elemento normativo que condiz a uma remissão interpretativa. Agora, se a norma

¹⁵² LUIGI GATTA, Gian. **Abolition Criminis e successione di norme "integratici": teoria e prassi.** Milano. Giuffrè, 2008. p. 80-83.

¹⁵³ PAVÓN, Pilar Gomes. Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 48, 2004. p. 108.

¹⁵⁴ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal.** São Paulo: Almedina, 2014. p. 192.

¹⁵⁵ ABANTO VASQUEZ, Manuel. El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos. **Revista Peruana de Ciencias Penales.** Año V. Nº 9/ Gráfica Horizonte. Lince – Lima. p. 19.

complementadora agrega elementos adicionais (mesmo que não essenciais ao tipo) que formem o núcleo do injusto penal, estaremos diante de uma lei penal em branco.¹⁵⁶

Robson Galvão registra que a lei penal em branco a especificação da conduta proibida se realiza por meio da remissão a normas extrapenais, tratando-se, portanto, de uma especificação que não depende do juiz, mas sim, de uma lei extra penal, ao passo que, no caso dos elementos normativos do tipo, a especificação desse elemento para o caso concreto é feita propriamente pelo magistrado, ainda que ele tenha que seguir critérios de referência estabelecidos legalmente.¹⁵⁷

Gian Luigi Gatta afirma que uma das únicas semelhanças entre essas duas técnicas de reenvio estão no fato de que ambas servem para ligar um tipo penal base a algum outro dispositivo.

Enquanto nos casos de remissão ao elemento normativo a norma complementadora constitui por si um pressuposto de atribuição de um conceito legal, que traz consigo um significado autônomo e completo. Nas hipóteses de remissão à lei penal em branco a norma contém em todo ou em parte o preceito criminoso.

Aponta ainda Gian Luigi Gatta que, para melhor compreender esta distinção, entre elemento em branco e elemento normativo, ficaria mais fácil analisar um artigo do Código Penal Italiano onde a doutrina italiana se equivoca quanto a conceituação de elemento normativo do tipo e norma penal em branco.

O artigo art. 323 do Código Penal Italiano¹⁵⁸, que prevê o delito de abuso de poder - o que em nosso ordenamento jurídico muito se assemelha com o delito de

¹⁵⁶ ASÍ GARCIA ARÁN, Mercedes. **Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. Estudios Penales y Criminológicos.** número 16. 1992-93. p. 68

¹⁵⁷ GALVÃO DA SILVA, Robson Antonio. **O Tratamento Jurídico-Penal do Erro no Direito Penal Socioeconômico. Dissertação.** (Especialização) Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 20019. p. 73

¹⁵⁸ Art. 323 "Abuso d'ufficio - Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sè o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità"

abuso de autoridade - onde é uníssono pela doutrina que referido tipo penal é considerado como uma norma penal em branco.

Gian Luigi Gatta afirma que em mais remota hipótese esse tipo até poderia ser considerado como norma penal em branco, mas se fosse requisito para perpetração do delito a violação a uma lei ou regulamento.

No entanto, afirma o autor, o tipo de abuso de poder está bem longe de ser norma penal em branco. Isso porque a figura abstrata do delito é descrito e compreensível em sua totalidade pelo ordenamento sendo que o conceito de regulamento ou lei de nada contribui para descreve a figura abstrata do delito.

Com essa expressão, que constitui um elemento normativo o legislador italiano tornou típica a conduta de abuso de poder aquela que viola qualquer regulamento

O autor analisa posteriormente o que ele chama de uma verdadeira norma penal em branco e dá como exemplo a conduta prevista no artigo 73, Co.1 t.u. I. stup, que tipifica como crime aquele que "sem autorização" prevista no artigo 17, cultiva, produz, fabrica, extrai, refina, vende, oferece, distribui ou de qualquer maneira comercializa, substância psicotrópica prevista na tabela do artigo 14. Neste caso os conceitos de autorização, que estão no artigo 17 e a tabela fornecida pelo artigo 14, não tem nenhum significado autônomo.¹⁵⁹

Por sua vez Klaus Tiedmann sustenta que tanto as leis penais em branco quanto os tipos penais com elementos normativos devem ser considerados de maneira idêntica quando se aborda o instituto do erro.¹⁶⁰

3.1.3 Tipos Abertos

¹⁵⁹ LUIGI GATTA, Gian. **Abolitio Criminis e successione di norme "integratici": teoria e prassi.** Milano. Giuffrè, 2008. p. 80-83

¹⁶⁰ el autor para actuar con dolo tiene que conocer la valoración extrapenal del resultado y esto significa que forma parte del tipo penal no solamente el contenido sino también la existencia misma de la norma extrapenal. No parece muy claro el por qué este tratamiento diferente al de la norma penal en blanco, aún más abierta que un tipo penal con elementos normativos. Más aún, el contenido penal de la ley en blanco sin considerar la regulación extrapenal se presenta como bastante neutral de manera que para dar al tipo un carácter de injusto típico conviene introducir y mantener en él la existencia de la valoración extra-penal. solamente a través del conocimiento de esta valoración el autor que realiza una acción neutral o socialmente útil "per se" puede recibir el "impulso" moral para reconocer el injusto de su actuar.

A elaboração do conceito de tipo penal aberto deve ser atribuída a Hans Welzel. Já, sua reformulação – ou revisão – foi objeto de estudos de Claus Roxin em 1970, e posteriormente, foi traduzido para o espanhol por Enrique Bacigalupo, sob o título *Teoria del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*.¹⁶¹

O conceito de tipo penal aberto possui menos formalidade do que o da lei penal em branco. Tipo penal aberto é aquele que carece de determinação material e se complementa por uma atividade valorativa do magistrado.¹⁶² Nos tipos penais abertos o mandamento proibitivo inobservado pelo sujeito não surge de maneira clara. Há necessidade de que o magistrado, no caso concreto, o analise.¹⁶³

Nesse mesmo diapasão, Assis Toledo afirma que, quando o legislador descreve de maneira incompleta o modelo de conduta proibida e transfere para o intérprete o encargo de completar o tipo, dentro de limites e de indicações nele próprio contidas, estaremos diante de um tipo penal aberto.¹⁶⁴

Hans Welzel, exemplifica o seu conceito de tipo aberto fazendo referência ao artigo 240 do Código Penal alemão, que traz como elemento de proibição o ato de coagir outrem a realizar determinada conduta sob ameaça de um mal grave – o que no nosso ordenamento penal estaria consubstanciado no art. 146.¹⁶⁵

O tipo previsto no artigo 240, tal como descrito na lei, compreende ações mais correntes da vida cotidiana, que não podem ser matéria de proibição. O preceito adicional previsto no parágrafo 2º do referido artigo, segundo o qual a coação é antijurídica quando for reprovável o emprego do meio coator para alcançar o seu fim, contém apenas um juízo de valor, "reprovável", mas não um ponto de apoio que permita conhecer a quais ações faz referência. A antijuricidade deve ser constatada, portanto, pelo juiz por meio de um juízo de valor independente, o que dá lugar a uma grande incerteza sobre o que esteja proibido.¹⁶⁶

¹⁶¹ MACHADO, Miguel Pedrosa. **Breve confronto entre normais penais em branco e tipos penais abertos**. In livro de Estudos Jurídicos, nº 11. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos. 1995 p.150

¹⁶² BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. 182.

¹⁶³ JESUS, Damásio E. de. **Normas Penais em Branco, Tipos Abertos e Elementos Normativos**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2286>> Acesso em: 10/11/2015.

¹⁶⁴ ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 136.

¹⁶⁵ Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.

¹⁶⁶ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 65.

Claus Roxin rebate a ideia Welzeliana explicando que seria impossível existirem esses tipos abertos, como também seria impossível que existissem realizações socialmente adequadas em um tipo, pois, se o tipo é considerado como uma classe do injusto, como um juízo de desvalor, não pode ele ser valorativamente neutro em relação a um injusto.

O autor continua sua crítica, afirmando que é certo que no parágrafo 2º do artigo 240, o legislador não teve êxito em descrever suficientemente o delito com auxílio dos elementos descritivos relativos ao objeto material. A ameaça de um mal não supõe um tipo delitivo suficientemente perfilado, o funcionamento dos processos sociais depende, dentro de limites, da pressão e da contrapressão. Nesse caso, o injusto só se fundamenta quando considerado reprovável, a ameaça de um mal para o fim perseguido. Logo, todas as circunstâncias que fundamentam o juízo de reprovabilidade devem ser consideradas como circunstâncias de fato, que complementem o fragmento do tipo previsto no art. 240. O fato de que essas circunstâncias devam ser elaboradas pela jurisprudência e pela doutrina, fazendo uso de critérios normativos de reprovabilidade, não as transformam em elementos da antijuridicidade. Desde Mayer está claro que as circunstâncias normativas, muito embora façam referência a um juízo de desvalor jurídico, são elementos do tipo.¹⁶⁷

Eugênio Raúl Zaffaroni defende que os tipos penais abertos, assim chamados em oposição aos tipos "fechados" – nos quais uma conduta proibida pode ser perfeitamente individualizada pelo sujeito com base nos elementos constantes no tipo penal –, não individualizam totalmente a conduta proibida, exigindo do magistrado que o faça, e que, para tanto, deverá recorrer à normas ou regras gerais que estão fora do tipo penal.¹⁶⁸

Enquanto os tipos penais "completos" precisam deter, sem exceção, o conteúdo do injusto de uma espécie de delito, estabelecendo todos os elementos, nos tipos penais abertos, os elementos constitutivos não são descritos concretamente pela lei. De fato, o grau de formação da matéria da proibição acerca das disposições individuais é diferente, de maneira que a complementação dos tipos abertos é produzida pelo magistrado através de seu próprio juízo de valor comum,

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. **Tratado de derecho penal: tomo general**. Traducción de la 2. ed. alemana por Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p.298-300. Tradução Livre. (96)

¹⁶⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 424.

ou, pelas circunstâncias com outros elementos. Nestes tipos, existem elementos que pressupõem algumas condições, e que ao mesmo tempo são formuladas como juízo de valor comum, e nesta qualidade, admitem muitos conteúdos normativos em si. É este juízo de valor que substitui a descrição das circunstâncias do tipo.¹⁶⁹

Explica, Claus Roxin que o tipo descreve todos os elementos que fundamentam o injusto, deixando para a antijuridicidade apenas a tarefa de verificar a inexistência de causas de justificação. Por exemplo, contrapostas a esses tipos "fechados", existiriam igualmente tipos que não descreveriam de maneira exaustiva o objeto de sua proibição, o tipo, neste caso, seria um mero indício do injusto a ser completado e comprovado com a constatação positiva de elementos especiais da antijuridicidade ou elementos do dever jurídico.¹⁷⁰

Conclui-se, portanto, que tipos penais abertos são incompletos e o que motiva sua existência é a impossibilidade de prever e/ou descrever todas as condutas possíveis de acontecer em sociedade.¹⁷¹

Como exemplo de tipos abertos Hans Welzel citou os crimes culposos e os tipos dos crimes de omissão imprópria ou comissivos por omissão. Isto porque os critérios que definem a conduta culposa se enraízam em normas jurídicas, regras profissionais, dados de experiência, regras técnicas e outros dados aos quais o magistrado pode recorrer no intuito de "fechar" o tipo penal aberto, e desvendar, no caso concreto, se houve quebra de um dever objetivo de cuidado. De igual maneira, nos crimes de omissão imprópria, o julgador deve levar em consideração os dados do caso em específico, a fim de saber se, de fato, tratava-se da figura de um garante, e se a ele pode ser imputado o resultado.

Assim, os tipos penais abertos são considerados tipos penais incompletos, porque diante da impossibilidade de se prever e tipificar todas as condutas possíveis de ocorrer em casos de quebra do dever de cuidado ou de omissão perante um dever de agir, deixam a cargo do magistrado – o qual analisará normas jurídicas,

¹⁶⁹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 64.

¹⁷⁰ ROXIN, Claus. **Tratado de derecho penal: tomo general**. Traducción de la 2. ed. alemana por Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 297.

¹⁷¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 162.

administrativas, regras profissionais, jurisprudência, doutrina e outros – o seu fechamento.¹⁷²

Segundo Fábio André Guaragni, quando o legislador aborda os tipos culposos, não costuma indicar qual comportamento constitui uma criação de risco proibido – ou quebra de cuidado objetivo devido. Verificou, inclusive, quão raro que se estabeleçam parâmetros para identificar a quebra de cuidado. O que o legislador faz é estabelecer que, caso ocorra um dado resultado jurídico, haverá uma imputação culposa. O operador do direito deve verificar se o resultado jurídico deriva de uma criação de risco proibido, mediante critérios de imputação estabelecidos pela sua prática – praxis¹⁷³ –, até mesmo buscando suporte na doutrina, verificando a normativa da área da vida em que ocorreu o evento e estabelecendo um comportamento padrão para comparar com o realizado.¹⁷⁴

Observa-se com frequência no âmbito do Direito Penal Econômico, a presença de tipos penais abertos de modo a gerar, nesse ambiente, uma instabilidade perigosa. Por exemplo, o artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.137 prevê a conduta de abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando total ou parcialmente a concorrência mediante alguma daquelas condições estabelecidas nas letras "a" até "f".

A expressão abuso do poder econômico traz consigo a ideia de mau uso do poder, de certo desvirtuamento ou da aplicação deformada de atitudes em detrimento de outrem. Parece ser a finalidade do tipo penal, reprimir e impedir a dominação do mercado e a eliminação, total ou parcial da concorrência.

O conceito de abuso do poder econômico não é de fácil delimitação, pois engloba o somatório de inúmeras situações, necessárias para a caracterização de um agir abusivo.

Outro exemplo presente na legislação pátria é do artigo 54, da lei nº 9.605/98 que define como crime a conduta daquele sujeito que causa poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

¹⁷² BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 184-186.

¹⁷³ Praxis aqui assume o sentido axiológico da palavra, como exercício habitual, uso, prática.

¹⁷⁴ GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos concretos de autorização administrativo: o panorama político-criminal comum, distinções e repercussões relativas ao princípio da reserva legal**. Trabalho inédito. Curitiba, 2012.

Então se um sujeito acende um cigarro ao seu lado ele produz poluição de alguma natureza e que pode lhe causar dano à saúde, assim, estaria ele praticando o tipo previsto no artigo 54 da lei de crimes ambientais. O termo "de qualquer natureza" abre uma infinidade de possibilidades para o alcance da lei.

Ainda, o artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.176/91, prevê a conduta típica daquele que usa gás liquefeito de petróleo em motores de qualquer espécie, saunas, caldeiras, e aquecimentos de piscinas, ou para fins automotivos, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei.

O termo "de qualquer espécie", amplia o alcance da lei, de modo que se pode incluir as mais variadas situações para a tipificação deste tipo penal.

Como nos outros exemplos, o parágrafo único, do artigo 4º, da Lei nº 7.492/86, tipifica a conduta de "gerir temerariamente uma instituição financeira". Aqui também se observa uma imprecisão típica, que vem por ofender inclusive a segurança e a garantia do tipo penal. A gestão temerária é caracterizada pela conduta abusiva, que ultrapassa os limites da prudência, ou seja, é a ação que arrisca para além do permitido, é o comportamento afoito, arriscado, atrevido. Esse tipo de atitude é o que caracteriza ações no mundo de investimento financeiros e o tipo não distingue a gestão temerária que acarreta prejuízos, daquela gestão que também é temerária, mas que traz benefícios ao investidor. Assim, conclui-se que basta que tenha havido uma gestão temerária para que a hipótese delitiva se configure.

3.1.4 Remissão a Atos Concretos da Administração Pública

Cada vez mais, observa-se a aproximação entre o direito penal e o direito administrativo, ou, como a doutrina entendeu nomear, a acessoriedade administrativa. Luís Greco identificou três modalidades dessa acessoriedade: i) acessoriedade conceitual; ii) acessoriedade ao ato administrativo individual em sentido estrito.; e iii) acessoriedade ao direito administrativo

A primeira configuração de dependência do Direito Penal em face do direito administrativo, se dá quando a lei penal recebe emprestado conceitos do direito

administrativo. O autor usa como exemplo os artigos 38 e 39 da Lei 9.605/98, que tratam de "florestas e preservação permanente", termo que é definido por um diploma administrativo, o Código Florestal (Lei 4.471/65), em seus artigos 2º e 3º.¹⁷⁵

Marion Bach afirma que essa primeira modalidade de acessoriedade guarda uma íntima ligação, não com leis penais em branco, mas com os elementos normativos do tipo. Isto, porque não há um branco a ser preenchido por um ato administrativo, é tão somente a utilização de um termo, que para ser melhor compreendido, implica na consulta do direito administrativo.¹⁷⁶

A segunda forma acessoriedade administrativa a que se refere Rogério Greco, refere-se não à remissão da norma penal a um conceito, mas, a um ato administrativo de alcance concreto (como uma licença, permissão ou uma autorização).

O terceiro e último aspecto de dependência entre essas duas ciências, se caracteriza pelo fato de que a remissão é dirigida a uma norma administrativa, ou seja, a uma lei ou ato normativo (decreto, resolução, portaria) de alcance geral, cuja violação é pressuposto do ilícito penal.¹⁷⁷

José Danilo Tavares Lobato identifica também três modalidades de acessoriedade administrativa. A primeira seria uma acessoriedade conceitual; a segunda, o autor denomina de "técnica penal de tipificação das normas penais em branco"; por último, a acessoriedade ao ato administrativo.¹⁷⁸ Nesse diapasão, afirma Marion Bach que o autor acertadamente não classifica esta última modalidade como lei penal em branco, posto que, quando há vinculação entre o direito penal e ato administrativo geral, o ilícito administrativo integra a específica matéria de proibição penal, figurando como elemento adicional do tipo de injusto para a violação da normativa administrativa. Já, quando há vinculação entre o direito penal e o ato administrativo individual, a matéria de proibição, ou seja, a totalidade do conteúdo do injusto, é fixada pelo tipo penal de modo que a normativa

¹⁷⁵ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 58, 2008. p. 159.

¹⁷⁶ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 178.

¹⁷⁷ GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 58, 2008. p. 159.

¹⁷⁸ LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativo, princípio da legalidade e suas (in) compatibilidades no direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 83, 2010. p. 126.

administrativa se apresenta, conforme o caso, apenas como uma espécie de exclusão da tipicidade ou da ilicitude.¹⁷⁹

¹⁷⁹ BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 180-181.

4 O TRATAMENTO DO ERRO SEGUNDO A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA CULPABILIDADE

O instituto do erro, dentro do conceito analítico de crime sob um enfoque finalista, onde a conduta é guiada por um fazer final – conduta humana, típica, antijurídica, culpável – se encontra, dependendo de sua espécie, em partes diferentes dessa estrutura. Quando se tratar de erro de tipo, o objeto sobre o qual incide o erro estará situado na tipicidade. Agora, quando se tratar de erro de proibição, o elemento do erro estará localizado na culpabilidade.

Antes de nos aprofundarmos nas modalidades de erro existentes na legislação brasileira, imprescindível tecer algumas considerações introdutórias e inclusive retroceder, não mais do que cem anos, para termos uma ideia da evolução desse instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Antes da reforma Penal de 1984, o ordenamento jurídico – considerando o instituto do erro – permanecia vinculado a uma antiga tradição romana que distinguia o erro em duas modalidades, *error facti* e *error iuris*, os clássicos *erro de fato* e *erro de direito*. O tratamento atual dado a este instituto jurídico-penal, se afasta, e desconsidera por completo esses velhos conceitos romanísticos, pois não se trata, como pode parecer, de uma nova linguagem jurídica, mas na verdade, de institutos completamente diferentes, que não guardam correspondência com os antigos “erro de direito” e “erro de fato”. Os erros de “tipo” e de “proibição” não aparecem como uma simples renovação de normas, mas com uma modificação conceitual, com novas concepções e maiores abrangências.¹⁸⁰ O erro de tipo abarca situações que ora eram classificadas como erro de fato, ora como erro de direito, já, o erro de proibição, além de incluir situações novas que antes nem eram vislumbradas, engloba uma série de hipóteses que outrora eram classificadas como erro de direito.¹⁸¹

O único erro relevante em matéria penal é aquele que de alguma maneira vicia a vontade do indivíduo ou desvirtua o conhecimento da ilicitude do fato. É dizer,

¹⁸⁰ NETTO, Alcides Munhoz. **A ignorância da Antijuridicidade em Matéria Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 10.

¹⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro jurídico penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 47.

o erro pode incidir tanto sobre elementos que estruturam o delito – erro de tipo –, quanto sobre a ilicitude da ação – erro de proibição.¹⁸²

Antes de embrenhar no estudo da referida matéria, é preciso distinguir erro, ignorância e dúvida.

O erro é uma falsa noção ou um falso conhecimento de um fato ou de uma regra jurídica. Pode-se dizer que é um estado positivo do sujeito, quem erra vê mal, pensa que existe, embora ignore o existente. A ignorância representa a ausência completa de conhecimento ou de representação, é um negativo da consciência, um não ver por parte do sujeito. A dúvida é traduzida em uma pluralidade de imagens, uma das quais acerca da realidade.¹⁸³

O tratamento penal do erro é compreendido com as mudanças de escolas constitutivas da teoria do delito. Para uma melhor compreensão sobre o tema, abordaremos sucintamente as teorias do dolo (esquema causal) e as teorias da culpabilidade (esquema finalista).

4.1 O ERRO NA TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

A teoria psicológica da culpabilidade, encontra sua matriz filosófica no eixo positivista-naturalista, ou ainda na teoria casualista da ação, isto, porque o conhecimento humano, de qualquer ramo que fosse, dependia da possibilidade de uma demonstração de veracidade dos conceitos que lhe eram apresentados, e orientados pelos critérios das ciências exatas ou naturais.¹⁸⁴

É necessário analisar, ainda que de forma sucinta, o conceito da concepção de ação proposto por esse eixo causal-naturalista. Para Von Liszt, ação é a

¹⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 502.

¹⁸³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**: Parte Geral. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 490.

¹⁸⁴ GUARAGNI, Fábio André. A origem do Direito Penal Econômico: razões históricas. In: CÂMARA, Luiz Antonio. (Coord) **Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

movimento corpóreo voluntário, capaz de causar modificação no mundo exterior que acaba modificando o mundo exterior.¹⁸⁵

Nesse sentido, Beling afirmava que a ação deveria sempre apoiar-se em um comportamento humano – conduta – levada pela vontade, independente de essa conduta humana ser um movimento ou um não movimento.¹⁸⁶

Ainda, nesse contexto o voluntário seria não só o movimento, mas também o para que de o movimento ser feito.

Para Von Liszt, a ação é o fato, – ato de vontade e resultado - que repousa sobre o movimento corporal voluntário e tem o condão de alterar o mundo exterior. E, a estes dois elementos, deve ser adicionado ainda a relação para que eles formem um todo, a referência do resultado ao ato.¹⁸⁷

Logo, para o eixo causal-naturalista, ação é todo o comportamento humano voluntário que tem o condão de produzir qualquer modificação no mundo exterior.

De acordo com a teoria psicológica, a culpabilidade era entendida como o elo psicológico subjetivo, existente entre o fato cometido e a consciência íntima do sujeito. Portanto, o dolo e a culpa eram elementos subjetivos integrantes da culpabilidade.¹⁸⁸

Contudo, Juarez Tavares afirma que no sistema causal-naturalista, a causalidade objetiva e o liame subjetivo, deveriam ser analisados separadamente uma vez que a causalidade é integrada tipicidade e a antijuridicidade; e o liame psicológico seria a culpabilidade.¹⁸⁹

Já Bettiol afiança que o dolo e a culpa, as únicas espécies do gênero culpabilidade, estavam ligados entre si por um nexos psicológico que aprisionava as características individuais em um daqueles procurados conceitos da ordem que pretendiam constituir o arcabouço do direito penal como uma ciência sistemática. Sendo ainda, esses dois elementos, para a teoria psicológica, são formas através das quais a culpabilidade pode apresentar-se em concreto.¹⁹⁰

¹⁸⁵ LITZ, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. 2. ed. Madri: Editorial réus, 1927. p. 170.

¹⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 207.

¹⁸⁷ LITZ, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. 2. ed. Madri: Editorial réus, 1927. p. 183.

¹⁸⁸ MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962. p. 18.

¹⁸⁹ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito** (variações e tendencias). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 20.

¹⁹⁰ BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal: Parte geral**. São Paulo: Red Livros, 2000. p.125 – 327.

Beling, em 1906, superando e reelaborando a ideia de estado de fato, o que acaba por criar a noção de tipo, afirma que toda ação antijurídica encontra amparo em uma resolução, seja a voluntariedade de mover o corpo, ou de desejar que ele fique parado, pois, do contrário, não haveria nenhuma ação. Então, a atitude do sujeito em relação ao teor contrário à norma da ação, varia. E justamente conforme essa disposição é que se define se a atitude do autor seria reprovável, em caso afirmativo, em que medida, caso haja um maior grau de culpabilidade, o que determinaria se havia intenção ou culpa.¹⁹¹

Esse novo mecanismo, transfere a distinção da análise do ilícito penal dos ilícitos das outras áreas, que antes se operavam com base na punibilidade, para já na análise da tipicidade distinguir ambas modalidades. A partir de Beling o sistema analítico de crime é ordenado como: conduta típica, antijurídica e culpável.

Entretanto, a estrutura objetivo-subjetiva própria do século XIX é mantida, o critério objetivo é composto pela conduta humana, tipicidade e ilicitude, calcado na causalidade física de um resultado ofensivo a um bem jurídico; e, o subjetivo, é composto pela culpabilidade, que por sua vez era apoiada em um nexos puramente psíquico entre o agente da conduta e também o resultado.¹⁹²

Nesse mesmo sentido, Liszt afirmou que a relação entre o autor e o fato só poderia ser constatada no campo psicológico. Isto porque, a ação culpável é a ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável. Da significação sintomática do ato culpável, de acordo com a natureza peculiar do sujeito, se deduziria o conteúdo material do conceito de culpabilidade que se situaria no caráter não constatado pelo ato cometido.¹⁹³

Nesse contexto é fundado o sistema clássico, conhecido também como sistema Liszt-Beling, que exerceu enorme influência na teoria do crime no século XX¹⁹⁴, onde a culpabilidade é vista em um plano puramente psicológico, isto é, carente de qualquer valoração, caracterizado com a simples constatação da posição do sujeito perante a sua própria conduta. Entretanto, a proposta dessa teoria

¹⁹¹ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: la doutrina del delito-tipo. Buenos Aires: Libreria "El foro", 2002. p. 72.

¹⁹² GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 79.

¹⁹³ LITZ, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. 2 ed. Madri: Editorial reus, 1927. p. 376.

¹⁹⁴ Isso porque, vale ressaltar que antes dessa evolução histórica na teoria de crime, a responsabilidade penal era tão somente objetiva, ou seja, não se examinava dolo ou culpa do agente, bastava a causação do ano para caracterização do da responsabilidade criminal.

fracassou, basicamente porque existiam causas de exculpação que não excluem o dolo e porque na culpa inconsciente não existe qualquer conexão psíquica entre o autor e a lesão.¹⁹⁵

4.2 O ERRO NA TEORIA PSICOLÓGICA NORMATIVA

A teoria psicológica normativa proposta por Reinhard Frank e posteriormente aperfeiçoada por James Goldschmidt, contesta as ideias da teoria psicológica pelo fato desta limitar a análise da culpabilidade exclusivamente no dolo e na culpa.

Para Frank na análise da culpabilidade do sujeito devem ser levados em consideração outros fatores além do dolo e da culpa, para ele esses fatos denominados de circunstâncias concomitantes.¹⁹⁶

Assegura Reinhard Frank que o conceito de culpabilidade é definido de modo que compreenda, ao mesmo tempo, os conceitos de dolo e de culpa. Em contraposição a isso, é necessário que se leve em consideração as circunstâncias concomitantes e a imputabilidade.¹⁹⁷

Ao contrário do que pensam alguns autores, influenciados por Liszt, como Bauer e Fuerbach, para Reinhard a imputabilidade não é pressuposto da culpabilidade, mas um elemento integrante desta. Assim, autor sugere a existência de relação entre a imputabilidade e a pena, equiparando-a a relação que há entre a culpabilidade e a pena, porque somente o culpável e punível é alvo de aplicação da pena. Portanto, a culpabilidade pertence a imputabilidade.¹⁹⁸

Reinhard Frank do mesmo modo como na concepção psicológica, reconhece o dolo e a culpa como o vínculo psíquico existente entre o autor e o resultado. Para

¹⁹⁵ PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 41.

¹⁹⁶ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **La Fundación de la Teoría Normativa de la Culpabilidad**. in.: FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: Julio César Faire, 2004. p. 16

¹⁹⁷ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faire. 2004. p.36

¹⁹⁸ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faire. 2004. p. 37

ele o dolo é a previsão - consciência - do resultado da atuação, relacionando a isso o conhecimento das circunstâncias que fazem punível a ação.¹⁹⁹

A maior inovação apresentada por Reinhard Frank para a teoria do delito foi a noção de reprovabilidade, a possibilidade de um juízo de valor no campo da culpabilidade, segundo o autor a reprovabilidade está na possibilidade de determinar a culpabilidade de um sujeito pela realização de uma conduta proibida por lei, ou seja, uma valoração negativa de uma conduta humana.

Nesse sentido James Goldschmidt afirma que Reinhard Frank, pela primeira vez, relaciona a culpabilidade como reprovabilidade e a considera como seu pressuposto, além da imputabilidade, do dolo e da culpa, também o estado de normalidade das circunstâncias com as quais o autor atuou.²⁰⁰

Entretanto, Reinhard Frank constata que o termo reprovação não possui um valor em si mesmo, é independente, mas tão somente em relação ao que quer demonstrar. Por esse motivo, criou três critérios cumulativos para que haja reprovação; i. uma aptidão espiritual normal do autor, denominada de imputabilidade; ii. a certa e concreta relação psíquica do autor com o fato em questão, ou a possibilidade desta conforme ele poderia discernir os seus alcances - dolo - ou poderia discernir - culpa -; iii. a normalidade das circunstâncias com as quais o autor atua.²⁰¹

Assim nota-se que as noções trazidas pelo autor, no que diz respeito à culpabilidade, trouxeram um grande avanço à teoria da culpabilidade, porque, pela primeira vez, verificou-se que os elementos puramente psíquicos eram insuficientes, sendo necessário incluir também elementos normativos.

O aperfeiçoamento da proposta psicológico normativa de Reinhard Frank foi elaborado por Berthold Freudenthal. A ideia que mais se destacou nesse processo de aperfeiçoamento foi a de inexigibilidade de conduta diversa.

Para Berthold essa inexigibilidade seria uma apreciação valorativa da culpabilidade, e deveria ser analisada como base do juízo de reprovabilidade, na culpabilidade a reprovabilidade resulta do fato de que o agente procedeu de uma

¹⁹⁹ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faire. 2004. p. 61

²⁰⁰ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción nomrativa de la culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faire, 2002. p. 84

²⁰¹ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faire. 2004. p.40

forma, quando deveria e poderia proceder de outra,²⁰² mas que isso deveria ser analisado no caso concreto.²⁰³

Nas teorias baseadas em um esquema neokantista, o conhecimento da ilicitude é elemento do dolo, situado na culpabilidade, é o denominado dolo normativo, ou, como chamado pela doutrina, *dolus malus*. Nesta figura, tanto o erro de tipo quanto o erro de proibição excluem o dolo, há apenas uma forma de solução para os casos. Essa teoria baseia-se a uma divisão do erro de velha tradição, segundo a qual o erro pode ser de direito ou de fato. Partamos da premissa de que todos os erros são, em última análise, erros de "fato", uma vez que o erro de direito é um erro acerca do fato de que o legislador proibiu uma conduta.²⁰⁴

São três as teorias que explicam este instituto: a) a teoria extrema do dolo; b) a teoria limitada do dolo; e c) teoria modificante do dolo.

De acordo com teoria extrema do dolo, a falta de consciência do injusto por parte do sujeito ativo do delito sempre elide o dolo. É dizer, há uma equiparação entre erro de tipo e erro de proibição, ambos excluindo o dolo da conduta.²⁰⁵ Ou seja, a teoria extremada do dolo o situa na culpabilidade e a consciência da ilicitude deve ser atual, no próprio dolo. Defende-se, portanto, a existência de um dolo normativo, composto por uma vontade, previsão e um conhecimento da realização de uma conduta proibida, logo, o erro jurídico-penal, independentemente de ser de tipo ou de proibição, excluiria sempre o dolo, por anular ou o elemento normativo – consciência da ilicitude – ou o elemento intelectual – previsão – do dolo.²⁰⁶

É na equiparação das consequências dos institutos do erro que se encontram as maiores críticas sobre a deficiência da teoria extrema do dolo. Parece evidente que há uma completa distinção entre realizar imprudentemente um fato por desconhecimento – vencível ou invencível – de algum elemento pertencente ao tipo legal correspondente – erro de tipo – do que realizá-lo dolosamente, com o perfeito

²⁰² FREUDENTHAL, Berthold. **culpabilidade y reproche en el derecho penal**. Buenos Aires: Julio César Faire, 2003. p. 71

²⁰³ FREUDENTHAL, Berthold. **culpabilidade y reproche en el derecho penal**. Buenos Aires: Julio César Faire, 2003. p.76

²⁰⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 447.

²⁰⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro: Parte Geral**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 492.

²⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Madrid: Tirant lo blanch, 2000. p. 31.

conhecimento dos elementos constitutivos do tipo, mas acreditando estar de alguma maneira autorizado – erro de proibição.²⁰⁷

Partindo de um ponto de vista político-criminal, a teoria extrema do dolo deixa lacunas de punibilidade, por exemplo: a absolvição dos criminosos habituais e dos que se colocam sob ignorância de propósito, assim, exigir o atual conhecimento da antijuridicidade em todos os casos, e a equiparação de tratamento do erro de tipo e erro de proibição acabaria por gerar inúmeros casos de atipicidade da conduta.²⁰⁸

Justamente como um contraponto a esta teoria, visando evitar essas consequências malignas de política criminal, surge uma variante da teoria estrita do dolo: a teoria limitada do dolo.²⁰⁹

A teoria limitada do dolo, foi apresentada como uma espécie de aperfeiçoamento da teoria extremada, com o objetivo de sanar as lacunas de punibilidade que esta possibilitava. Equiparou-se a consciência da ilicitude por parte do sujeito ativo, que constitui um elemento do dolo, com a "cegueira jurídica" ou a "inimizade ao direito".²¹⁰ Mezger, o grande idealizador desta teoria, defendia que havendo ausência da consciência da ilicitude, eliminava-se o dolo, mas, subsistia a culpa. Esse estado de indiferença ou de inimizade do sujeito ativo diante do direito iguala-se ao dolo. Essa teoria difere-se da primeira uma vez que naquela exige-se um conhecimento atual e concreto do injusto, enquanto nesta apenas o conhecimento potencial é suficiente.²¹¹

Por fim, na teoria modificante do dolo, parte-se da premissa de que a consciência da ilicitude é parte integrante do dolo, então, o erro de proibição inevitável excluiria a consciência da ilicitude, e por consequência, o dolo faria parte da culpabilidade. Logo, também ficaria excluída a culpabilidade e a responsabilidade penal; se evitável o erro de proibição, o agente seria punido com a pena do crime doloso, podendo ser atenuada. A distinção entre as teorias reside justamente na possibilidade da punição do sujeito ativo pelo crime culposos.²¹²

²⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 506.

²⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Madrid: Tirant lo blanch, 2000. p. 32.

²⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Madrid: Tirant lo blanch, 2000. p. 33.

²¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 506.

²¹¹ MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Trad. esp. de la segunda ed. alemana por José Artura Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 190.

²¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 508.

Essas teorias trazem para o deslinde ambas as classes de erro – tanto de fato quanto de direito –, ao distingui-los, afirmam que o erro de direito não tem nenhuma relevância penal, ou seja, o erro de direito não pode servir de escusa ao sujeito. Esta máxima costuma ser enunciada originalmente em latim, através da expressão *error iuris nocet*²¹³. Cabe ressaltar, que o princípio *error iuris nocet*, característico do período fundado no causalismo, foi há muito rejeitado pela jurisprudência alemã, e não mais tem sido considerado pelos doutrinadores europeus.²¹⁴

O artigo 16 do Código Penal de 1940²¹⁵ estabelecia que tanto a ignorância quanto a compreensão equivocada da lei, não eram capazes de eximir a pena, até mesmo a exposição de motivos do código impediam a interpretação do *error iuris nocet* em um sentido diferente. Somente depois de muitos anos que se percebeu que o erro de proibição não é um erro quanto a lei ou quanto a ignorância da lei, e que o conhecimento da lei e consciência da ilicitude são conceitos diversos. Depois da reforma de 1984, o artigo 21²¹⁶, caput, do Código Penal, reconheceu a diferença entre o desconhecimento da lei e o erro acerca da ilicitude do fato, fazendo com que o princípio do *error iuris nocet* fosse extinto em nosso país.

4.3 TEORIA NORMATIVA DA CULPABILIDADE

Com a reforma penal da Alemanha, na segunda metade do século XX, houve uma nítida quebra dos ideais da teoria do dolo com a passagem do neoliberalismo para o finalismo, e, com o grande reflexo da adoção dessa teoria que inseriu o dolo como elemento subjetivo do tipo, criando uma noção de tipo complexo, composto de tipo objetivo e tipo subjetivo²¹⁷. Nesse sentido, Enrique Balciagalupo afirma que:

²¹³ A ignorância da lei é inescusável.

²¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 447.

²¹⁵ Art. 16. A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.

²¹⁶ Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

²¹⁷ GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 159.

“A estrutura final de uma ação humana é constitutiva de normas penais. Essas normas jurídicas, isto é, essas proibições não podem ser dirigidas a processos causais cegos, mas sim devem ser dirigidas a ações que configurem um fim futuro. É dizer, as normas só podem proibir processos causais – condutas – com um fazer final.”²¹⁸ (Tradução Livre)

Surgem duas novas teorias para explicar este instituto: a teoria extremada da culpabilidade, e a teoria limitada da culpabilidade.

A teoria extremada da culpabilidade trata de reelaborar os conceitos de culpabilidade e de dolo, separando o segundo, da consciência da ilicitude, ou seja, o dolo, em seu aspecto puramente psicológico, é transferido para o injusto, passando a fazer parte do tipo penal. A consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa passam a fazer parte da culpabilidade, em puro juízo de valor. Agora, a culpabilidade passa a ser um pressuposto basilar do juízo de censura, fazendo com que dolo e consciência da ilicitude possuam valores dogmáticos completamente diferentes.²¹⁹

Por meio da teoria finalista, os efeitos do erro, com essa "nova" estrutura da conduta punível, dependerão do seu objeto. Isto é, se o erro incidir sobre um elemento intelectual do dolo, a previsão certamente o excluirá, o que a doutrina chama de erro de tipo, porque obviamente recai sobre um dos elementos constitutivos do tipo penal. Entretanto, se nas circunstâncias, o erro incidir de modo invencível sobre a potencial consciência da ilicitude, o dolo continuará inalterado, afastada, porém, a culpabilidade do sujeito, uma vez que aquela é elemento constitutivo desta. Esse erro por parte do sujeito, sobre a ilicitude, é chamado pela doutrina de erro de proibição.

Necessário ressaltar, que a teoria finalista da ação não pretende explicar um determinado ordenamento jurídico, pelo contrário, busca ser uma pauta teórica de referência para estabelecer um objeto de valoração jurídico que permita proporcionar o conteúdo de um injusto e os pressupostos de reprovabilidade da culpabilidade.²²⁰

²¹⁸ “La estructura final de la acción humana es constitutiva para las normas jurídicas penales. Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o mandatos del Derecho no pueden dirigirse a procesos causales ciegos sino solamente a acciones que permiten configurar el futuro de acuerdo a un fin. Las normas sólo pueden prohibir o mandar conductas finales”. Cf. BACIGALUPO, Enrique. **Tipo y error**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 62. Tradução livre.

²¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 502.

²²⁰ BACIGALUPO, Enrique. **Tipo y error**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 64.

Essa concepção, que altera profundamente toda a estrutura do delito, traz consigo importantes consequências nos efeitos jurídicos das formas de erro. No erro de tipo, o erro tem o condão de viciar o elemento intelectual do dolo, isto é, a previsão impede que o dolo atinja corretamente todos os elementos essenciais do tipo. Por isso, essa modalidade de erro acaba por excluir sempre o dolo, que, com a transição do finalismo para o causalismo, encontra-se no tipo, e não na culpabilidade. Porém, a exclusão do dolo – elemento essencial da estrutura da ação típica – deixa intacta a culpabilidade, permitindo então a configuração do crime culposos, quando evitável, se houver previsão legal.

No erro de proibição, a consequência é distinta. Aqui, o erro anula a consciência da ilicitude, que, se encontra na culpabilidade. O erro de proibição, quando inevitável, exclui a culpabilidade, e como não há crime sem culpabilidade, o erro de proibição, inevitável, impede a condenação a qualquer título (dolo ou culpa); já, se o erro for evitável, há uma atenuação da pena, mas a condenação se impõe sem alterar a natureza do delito doloso.²²¹

A teoria limitada da culpabilidade, embora se aproxime muito da teoria extremada da culpabilidade em alguns pontos específicos – como o de situar o dolo no tipo, a consciência da ilicitude na culpabilidade; adotar o erro de tipo como excludente de dolo; admitir crime culposos; defender o erro de proibição inevitável como excludente de culpabilidade –, apresenta divergências quando o erro incide sobre as causas de justificação.²²²

Como defende Francisco Muñoz Conde, o conhecimento da antijuridicidade, como tem natureza distinta do dolo, não precisa ter o mesmo grau de consciência, não precisa ser atual, pode ser apenas potencial, enquanto a consciência do dolo deve obrigatoriamente ser atual.²²³ Essa é a maior consequência decorrente do avanço do estudo deste instituto.

²²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 506.

²²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 508.

²²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Madrid: Tirant lo blanch, 2000. p. 26.

4.4 A TEORIA NORMATIVA LIMITADA DA CULPABILIDADE COMO RECORTE PÓS-FINALISTA

Para teoria extremada, todo e qualquer erro que incida sobre uma causa de justificação é entendido como erro de proibição, com as consequências próprias desse tipo de erro. Já, para a teoria limitada, existe uma distinção entre as duas espécies de erro: a que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, chamada erro de tipo permissivo, e a que recai sobre a existência ou a abrangência da causa de justificação, considerada erro de proibição. Para a teoria limitada, que entende que o erro sobre os pressupostos fáticos constitui um erro de tipo permissivo, tem o mesmo efeito do erro de tipo: exclui o dolo, mas permite a punição como crime culposo, quando e se houver previsão legal. Entretanto, se no caso o erro incidir sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação, configura-se o erro de proibição, cujas consequências são as já examinadas: exclui-se a culpabilidade quando se tratar de erro inevitável, ou se atenua a pena do sujeito, se evitável.²²⁴

O ordenamento penal pátrio, com a reforma de 1984, adotou expressamente a teoria limitada da culpabilidade, e no item 19 de sua exposição de motivos assim consubstancia:

(...) ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite nesta área a figura culposa (art.1, parágrafo 1º).²²⁵

Quando o legislador optou por esta escolha, ele deveria estar ciente de todas as consequências que isso geraria. Heleno Fragoso²²⁶ criticou a posição adotada pela reforma por um simples motivo: um fato praticado com erro invencível afeta o

²²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Madrid: Tirant lo blanch, 2000. p. 36-38.

²²⁵ Art. 17. É isento de pena quem comete o crime por erro quando ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, existisse, tornaria a ação legítima.

Parágrafo 1º. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

²²⁶ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal – A nova parte geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 42.

injusto típico, não podendo ser considerado como um fato injurídico. Logo, nessas circunstâncias, a vítima do erro deverá suportá-lo como se se tratasse de um fato lícito, não sendo admitida a legítima defesa; além do que, não seria punível a participação de alguém que mesmo sabendo que o autor principal incorre em erro sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação, contribui de alguma forma na sua execução. A punibilidade do partícipe é afastada pelo princípio da acessoriedade limitada da participação, que exige que a ação principal seja típica e antijurídica; e, por fim, mesmo que o erro fosse vencível, o fato ficaria impune, pois os crimes culposos não admitem tentativa.

Portanto, pode-se resumir no presente estudo, a contraposição entre as teorias do dolo e da culpabilidade em algumas ideias centrais. As teorias do dolo devem sua nomenclatura à localização da consciência da ilicitude no interior do conceito de dolo, que se situava, à época, na culpabilidade. O dolo era composto pela consciência dos fatos e pela consciência da valoração jurídica dos fatos. Já, as teorias da culpabilidade emanciparam a consciência da ilicitude e a posicionaram como elemento autônomo da culpabilidade, e o dolo, seu elemento cognitivo, era composto apenas pela consciência dos fatos que compõe o tipo objetivo, devendo ser posicionado no injusto.²²⁷

Feita a introdução, pode-se partir para um estudo mais aprofundado acerca do instituto do erro, suas espécies e peculiaridades. A exposição que se pretende fazer na presente pesquisa divide o erro dentro de um esquema de análise tanto sobre elementos estruturais do delito – erro de tipo – quanto sobre a ilicitude da ação – erro de proibição –, isso porque se parte do pressuposto de uma teoria do delito elaborada sobre a base de um tipo complexo.

Dentro do esquema que situa o dolo na culpabilidade, a distinção perde todo o seu significado e torna-se coerente que assim se escorre a chamada "teoria unitária do erro" – tema que será estudado a seguir – ou uma teoria que não distingue o erro de tipo do erro de proibição, afirmando que toda a vez que se estiver diante de uma situações de erro, isso seria problema da culpabilidade, e como dolo e culpa são por ela localizados na culpabilidade, qualquer erro, seja sobre os requisitos do tipo, seja

²²⁷ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 22.

sobre a proibição da conduta, é resolvido da mesma maneira: quando invencível acaba por eliminar a culpabilidade e, quando vencível dá lugar à culpa.²²⁸

4.5 DOLO NORMATIVO ATRIBUTIVO E ERRO

Winfried Hassemer foi quem constatou que o dolo não é uma realidade psicológica mas, sim, o resultado de uma atribuição, trazendo como exemplo para explicar sua afirmação a situação de o juiz constatar, *in casu*, a intenção do defraudador falsificar um documento. Isto é, como poderia o magistrado constatar a intenção do sujeito em um processo, como ele poderia produzir a dada intenção de defraudar. Afirmava o autor que o juiz pode observar os livros de comércio, os informes fiscais, até mesmo analisar os dados do computador, entretanto, ele não pode observar a intenção do sujeito de defraudar. Com isso, Hassemer demonstra que o dolo não é algo que existe, isto é, algo palpável, mas sim um resultado de uma avaliação feita pelo magistrado a respeito dos fatos que faz com que se impute uma responsabilidade penal.²²⁹

Então, o dolo não seria mais atribuir ou imputar a alguém o conhecimento e a vontade de realização do fato delitivo. Os segmentos de realidade que são manejados já não podem qualificar-se como realidade empírica, mas como realidade valorada pelo magistrado, dado o papel determinante das perspectivas axiológicas em sua configuração e comprovação.²³⁰ Portanto, se não é possível afirmar a existência real de um dolo, ele será, pelo menos em grande parte, produto de uma valoração.

Essa proposta de dolo normativo encontra receptividade em teorias que defendem uma separação entre as ciências naturais e as ciências sociais. Em uma perspectiva Kelseniana, onde há uma ciência referida aos valores, fica sem sentido buscar nas ciências naturais conceitos jurídicos.

²²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 445.

²²⁹ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 227.

²³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Los elementos subjetivos del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990. p. 73-74.

Ainda, Paulo Busato afirma com base no pensamento de Hans Kelsen que as categorias como a vontade ou intenção, por pertencerem ao tipo de injusto, não podem ser tomadas como realidade a ser demonstrada, mas, sim, como fatores que incumbem ao magistrado reconhecer com o objetivo de estabelecer as responsabilidades penais correspondentes.²³¹

George Fletcher também defende um conceito de dolo normativo, afirmando que não se deve perguntar se o delito está refletido na mente do sujeito, mas sim, se apesar das imagens que se apresentam na mente do sujeito, ele pode ser considerado culpado pelo ato delitivo.²³²

Ingeborg Puppe afirma que o dolo deve ser somente normativo, refutando-se completamente a ideia de um dolo psicológico.²³³ Isso porque, se punir por um dolo baseado na vontade e no conhecimento em um sentido psicológico descritivo, a punição seria sempre baseada em algo cujo fundamento é desconhecido.

Por isso que esses autores defendem que é necessário abandonar esta concepção de dolo psicológico em favor de um dolo normativo, que conte com critérios próprios desta natureza, cuja base empírica não seja somente a vontade ou o conhecimento do sujeito, mas sim, outras classes de dados físicos, fáticos e empíricos que possam influir no resultado típico.

O Código Penal vigente no Peru, não veda a atribuição de um dolo normativo que não se identifica necessariamente como conhecimento ou vontade. O artigo 14 do referido ordenamento jurídico apenas menciona um "erro" sobre um elemento do tipo, ou, a respeito de uma circunstância que agrave a pena, e isto é algo que os sujeitos têm conhecimento não porque o ordenamento assim determina, mas sim por critérios valorativo-normativos de avaliação da racionalidade mínima do sujeito, que se opera tanto no campo da dogmática quanto no campo jurisprudencial.²³⁴

Contudo, com essa proposta de dolo normativo-atributivo se admite uma desconexão entre a realidade psicológica do agente e a atribuição jurídica que lhe é feita.

²³¹ BUSATO, Paulo Cesar. **Dolo e significado.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/12/08/dolo-e-significado/>> Acesso em: 14/01/16.

²³² FLETCHER, George. **Basics Concepts of Criminal Law.** New York- Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 82.

²³³ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa.** Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2002. p. 67.

²³⁴ SIU, Marco **Bustinza. El Dolo como concepto normativo. Acerca de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia.** Lima: PUCP, 2014. p. 02-04.

Francisco Muñoz Conde afirma que qualquer tipo de valoração feita, seja ela puramente normativa ou produto de propostas psicológico-normativas, devem partir da realidade psíquica a que se referem os elementos subjetivos, e ainda observa que qualquer construção jurídica à margem de, ou simulando a realidade, seria uma grave fonte de arbitrariedades, causando uma gigantesca insegurança jurídica e científica.²³⁵

4.6 O TRATAMENTO DO ERRO NA ATUALIDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

4.6.1 O Tratamento do Erro de Tipo

Examinar o instituto do erro de tipo é imprescindível, pois, partindo-se da premissa que no sistema analítico de crime, elaborado em torno da proteção dos bens jurídicos – funcionalismo –, onde a tipicidade é composta por um tipo objetivo e um tipo subjetivo, analisar a incidência desse instituto pode tornar a conduta do agente atípica, isso porque, desde que presente o erro sobre a tipicidade de uma conduta, é necessário constatar a ausência de tipo subjetivo, elemento formador da tipicidade, o que torna a conduta do sujeito, de certa maneira, viciada.

O erro de tipo, presente no caput do artigo 20 do nosso Código Penal,²³⁶ é um fenômeno jurídico que determina a ausência de dolo quando presente a tipicidade objetiva da conduta, ao agente falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo. Isto é, aquele que acredita que está disparando em um urso mas de fato atira no companheiro de caçada, ou quem se apodera do casaco que está no guarda-roupas da cafeteria e com ele sai, crendo que se trata de seu próprio casaco.²³⁷

²³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte General. 6. ed. Barcelona: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 13.

²³⁶ Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

²³⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 442.

Quando falta conhecimento de alguma circunstância para aquele indivíduo que atua, estaremos diante de uma hipótese de exclusão do dolo. Vale ressaltar, que só se exclui o dolo quando o sujeito não tenha representado de maneira nenhuma que sua conduta era típica, a menor representação mental não seria capaz de excluir o dolo da conduta.²³⁸

Esse dispositivo, aliás, afigura-se como a demonstração inequívoca de que com a reforma de 1984, nosso legislador incorporou a doutrina finalista que situa o dolo na tipicidade e não na culpabilidade.

Nota-se, que nos exemplos, o erro do sujeito ativo recai sobre requisitos do tipo objetivo: no primeiro, o sujeito ignora que causaria a morte de um homem, e isto determina que o sujeito realize um fazer final de caçar um urso – mas não uma conduta final de homicídio –; no segundo, o sujeito ignora que se trate de coisa alheia, isto determina que ele tenha um fazer final de levar seu próprio casaco consigo – e não um fazer final de furtar um casaco. Há um desaparecimento da finalidade típica, da vontade de realizar um tipo objetivo, e não havendo o querer da realização do tipo objetivo, não há que se falar em dolo, portanto, a conduta do sujeito é uma conduta atípica. Sabe-se que dolo é: *querer a realização de um tipo objetivo*; quando não se sabe que se está realizando um tipo objetivo, este querer não existe e, portanto, não há dolo: este é o erro de tipo.²³⁹

Sempre que se fala em erro, há que se fazer uma distinção entre erro evitável ou vencível, e erro inevitável ou invencível. Considera-se evitável aquele que não teria ocorrido se a diligência devida tivesse sido empregada; por outro lado, o erro inevitável é aquele que mesmo que o sujeito tenha empregado a diligência devida, não teria como escapar da situação que o fez errar. Nos casos do erro de tipo evitável a tipicidade dolosa é excluída mas, havendo a modalidade culposa para o delito e no caso concreto, se configurarem seus pressupostos, a conduta poderá ser típica, isto é, a tipicidade não se caracteriza com atenção à finalidade da conduta, e sim ao seu modo de obtenção. Sendo o erro de tipo inevitável, além de ser eliminada a tipicidade dolosa, há o descarte de qualquer outra forma de tipicidade.²⁴⁰

²³⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – Parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014. p. 458-459.

²³⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 442.

²⁴⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 445.

Logo, o erro de tipo sempre exclui o dolo, permitindo, quando for o caso, a punição pelo crime culposo. Já a culpabilidade do sujeito ativo permanece intacta.²⁴¹ Portanto, haverá a atipicidade da conduta por exclusão do dolo quando o erro for inevitável, mesmo que haja previsão de modalidade culposa. A vencibilidade do erro de tipo é determinante na punição do delito culposo, desde que esta modalidade esteja prevista em lei.²⁴²

Como o erro de tipo recai sobre elementos do tipo objetivo, em todos os casos haverá exclusão do dolo na conduta do sujeito, restando apenas a possibilidade de se considerar uma eventual tipicidade culposa caso se trate de erro vencível, e houver previsão legal dessa modalidade.²⁴³ O efeito fundamental do erro de tipo é a exclusão do dolo, isso porque o dolo requer o conhecimento da concorrência de todos os elementos típicos, fundamentadores da proibição específica da conduta.²⁴⁴

Nesse mesmo sentido, Juan Bustos Ramírez defende que o instituto do erro no direito equivale tanto para o falso conhecimento como para a falta de conhecimento do que nós podemos compreender, portanto, erro e ignorância se equiparam.²⁴⁵

Bernando Feijoo Sánchez faz uma ressalva e afirma que atuar por engano não é o mesmo que agir em erro, ignorância ou desconhecimento, na medida em que os seres humanos nunca vão conseguir dominar todas as áreas de conhecimento existentes, e se tentássemos dominá-las, para só então atuar, viveríamos na inatividade. Pode-se dizer que a grande maioria de nossos atos são com base em presunções, algumas com maiores e outras com menores níveis de ignorância. Por isso, é decisivo para efeitos de imputação penal saber não se o sujeito ignorava certos aspectos de uma situação – se colocando em um estado de

²⁴¹ LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1987. p. 89.

²⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 512.

²⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**: parte general. 2. ed. 8. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2014. p. 413.

²⁴⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid. La Ley. Gráficas Muriel, S.A. 2008. p. 149.

²⁴⁵ J. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Nuevo sistema de derecho penal**. Madrid: Trotta, 2004. p. 113.

cegueira –, mas sim, se existe um defeito na tipicidade, mais especificamente no elemento cognitivo do dolo.²⁴⁶

Entretanto, Miguel Díaz y García Conlledo observa que, com base nesses conceitos terminológicos, não se pode confundir o erro de tipo, isto é, o simples desconhecimento por parte do sujeito de que seu fato constitui elementos constitutivos do tipo penal, com a falta do conhecimento do sujeito sobre o conteúdo de formulação legal de um tipo.²⁴⁷

O Tribunal Supremo da Espanha já pacificou o tema afirmando que

“Essa falta de representação por parte do sujeito ativo, se for absoluta, nunca poderá fundamentar uma imputação subjetiva à título de dolo. Isso porque a falta de representação de todos elementos que constituem um tipo penal maculam o fazer final do sujeito.”²⁴⁸

O erro de tipo pode ainda ser psicicamente condicionado. Um sujeito capaz de uma conduta humana, que ao realizá-la preenche os requisitos de um tipo objetivo, pode carecer de capacidade psíquica para conhecer os elementos exigidos pelo tipo objetivo, isto é, não tem a capacidade psíquica do dolo ou encontra-se num estado de erro de tipo psicicamente condicionado.

Sabe-se que certos males psíquicos produzem alguns fenômenos psicopatológicos conhecidos como alucinações – quando há uma percepção sensorial sem um objeto exterior, ou ilusões – quando há uma percepção sensorial que distorce esse objeto. Partindo do pressuposto de que um lenhador sofra uma ilusão de ótica que lhe faça perceber uma árvore ao invés de um homem, e que decida cortá-la, acabará causando lesões ou morte, ou seja, realizará uma conduta objetivamente típica de lesão corporal ou de homicídio. Não poderá se cogitar a existência do dolo de lesão e tampouco de homicídio, uma vez que não se trata de um fazer final de lesionar ou de matar, mas o de cortar uma árvore. Portanto, nesse

²⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, jul/2015.

²⁴⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid. La Ley. Gráficas Muriel, S.A. 2008. p. 150.

²⁴⁸ "Esa falta de representación, si es absoluta, nunca podrá fundamentar la imputación subjetiva a título de dolo. Una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate." Cf. STS, 2ª, 16.03.2012. Referência 234/2012. Ponente Manuel Marchena Gómez. Tradução Livre.

caso, estaremos diante de uma incapacidade de conhecer os elementos exigidos pelo tipo objetivo, provenientes de uma causa psicopatológica.²⁴⁹

Essas situações não podem ser confundidas com a incapacidade de culpabilidade, podendo ocorrer casos em que o sujeito alucina e acaba interpretando erroneamente as situações exculpantes, os chamados erros de proibição indiretos patologicamente condicionados, onde não se fala em eliminação do dolo, mas sim de inculpabilidade do sujeito. Para diferenciar estas modalidades, Eugênio Raúl Zaffaroni traz como exemplo: "um sujeito que avistava o mar e decide jogar uma pedra em direção a ele, mas não via que diante de si havia um vidro, sem dúvida esse sujeito não tem o objetivo fim de cometer um dano, outra situação é o caso do sujeito jogar uma pedra em direção ao vidro de um comércio por acreditar que o dono do estabelecimento estava lhe ofendendo."²⁵⁰

O erro pode ocorrer também nos crimes omissivos impróprios, por exemplo: o agente que desconhece sua condição de garantidor, ou tem compreensão errada sobre esse fato, evidente que o erro vai incidir sobre a estrutura do tipo penal omissivo impróprio. O agente que não presta socorro, podendo fazê-lo ignorando que se trata de seu filho, que morre afogado, desconhece a posição de garante, e logo incorre em erro sobre elemento do tipo penal omissivo impróprio.²⁵¹

Importante esclarecer que, quando falamos de erro de "tipo", estamos diante de um conceito jurídico que abrange dois fenômenos que psicologicamente podem ser distinguidos, mas jurídico-penalmente têm os mesmos efeitos: erro e ignorância. Esta é a falta de conhecimento sobre algo, aquele é conhecer falsamente algo. Do ponto de vista da ciência penal ambos têm os mesmos efeitos.²⁵² Veja, não estamos tratando aqui de equiparar ausência de conhecimento da ilicitude com a ignorância da lei, tema que será tratado mais adiante neste trabalho. O que esta pesquisa defende é que no contexto de erro de tipo tanto a ignorância quanto o falso conhecimento de algo eliminam o dolo da conduta.

²⁴⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 448.

²⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de Derecho Penal: parte general**. 2. ed. 8. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2014. p. 415.

²⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro jurídico penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 59.

²⁵² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que o erro de tipo pode recair sobre qualquer um dos elementos do tipo objetivo abarcados pelo conhecimento do dolo, exceto aqueles que dizem respeito à ofensividade. Assim, o erro de tipo pode recair sobre os elementos do tipo objetivo – interpretativos, normativos ou de remissão valorativa; sobre a previsão de causalidade; sobre a qualidade requerida em um delito de mão própria; na qualidade requerida sobre o sujeito passivo do delito; na dominabilidade²⁵³; e, ainda, na banalidade do aporte na participação secundária^{254, 255}

Como o dolo pressupõe o domínio do fato, o falso conhecimento ou a ignorância se traduzem em erro de domínio do fato e acabam também por eliminar o dolo da conduta, seja por ignorância do domínio do fato, ou por falsa percepção dessa.

Também consideram como erro de tipo aquele que incide sobre a banalidade do aporte neutral, isto é, um sujeito participa de uma conduta mas acredita que está realizando uma ofensa banal ao direito, quando na realidade está cometendo algo que importa para o direito. Evidente que o sujeito não atua com dolo de participação do delito, em um caso inverso, quem imagina participar de maneira não banal ao direito e realiza uma participação banal, tem sua conduta atípica, pois a banalidade da sua participação é um componente imaginário de sua ação que conforme a natureza não pode alterar a tipicidade objetiva.²⁵⁶

Deste modo, é possível afirmar que no campo da participação, quando o autor do delito incidir em erro de tipo e o partícipe incide no erro, exclui-se o dolo de ambos, pois o aspecto subjetivo – próprio de um pensamento finalista – faz com que não haja dolo e, sem dolo, em sentido jurídico o autor sequer atuou, não existindo ação em si para atuação do partícipe.

Na teoria do delito existem dois momentos em que "conhecimento" sobre algo se apresenta de maneira fundamental. Em primeiro lugar, no dolo, quando se exige o conhecimento dos elementos objetivos de um tipo, o que pode ocasionar o erro de

²⁵³ Através da teoria da dominabilidade, só pode se imputar objetivamente se houver a possibilidade objetiva de domínio do fato, pois com a ausência deste há falta de conhecimento do autor ou da intenção de fazer.

²⁵⁴ O que Zaffaroni chama de banalidade do aporte na participação secundárias são as ações neutras ou banais. Banal é aquilo que é corriqueiro, aqueles que praticam seu papel social e não podem sofrer imputação se a conduta estiver dentro de seu papel.

²⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de Derecho Penal: parte general**. 2. ed. 8. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2014. p. 416.

²⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de Derecho Penal: parte general**. 2. ed. 8. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2014. p. 416.

tipo; e em segundo, nas causas de justificação, pois em todas elas é necessário que o autor da conduta típica, eventualmente justificada, tenha conhecimento das circunstâncias que configuram a causa excludente. Portanto, um suposto erro só pode ser detectado no momento em que se examina o dolo do sujeito ativo, e depois, no momento em que se examina a antijuridicidade com relação aos pressupostos de uma causa de justificação. Dito isso, não se pode confundir o erro sobre a valoração jurídica do fato, ou como chama a doutrina majoritária como erro de proibição. Não é propriamente uma situação de erro ou de falta de conhecimento uma vez que a falta de conhecimento ou o falso conhecimento em relação ao dolo pode recair somente sobre o elemento essencial do tipo.²⁵⁷

Pode-se afirmar que o que delimita e diferencia o erro de tipo do erro de proibição está no campo cognitivo do dolo, isto é, na percepção sensorial das circunstâncias descritas e na compreensão intelectual das normativas do tipo. Atente-se que uma compreensão intelectual, que tem o condão de caracterizar o dolo típico, não significa uma subsunção jurídica exata dos conceitos descritos na lei, basta que o sujeito saiba que o conteúdo social da conduta seja o de incriminar ou no mínimo, faça com que surja uma dúvida no íntimo do sujeito.²⁵⁸

Seguindo essa mesma linha, Enrique Bacigalupo afirma que, em casos de erro de tipo o autor desconhece circunstâncias determinantes da tipicidade da conduta, uma vez que nos casos de erro de proibição o autor tem um conhecimento perfeito e correto sobre as circunstâncias que determinam a tipicidade, porém, ele a realiza sem saber que a conduta é proibida por lei, ou "por que ele não tinha conhecimento de que a realização de sua ação estava ordenada de maneira proibitiva pela lei²⁵⁹."

A valoração explícita de um juízo axiomático, realizado de forma (paralela) ao conhecimento técnico jurídico pelo homem leigo – profano –, produz um conhecimento do injusto, isto é, a consciência profana, aquela que não é técnico-jurídica, mas suficiente para indicar ao agente leigo que sua conduta é errada.²⁶⁰

²⁵⁷ RAMÍREZ, Juan J. Bustos. **Nuevo sistema de derecho penal**. Madrid: Trotta, 2004. p. 114-115.

²⁵⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – Parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014. p. 460.

²⁵⁹ "No haya obrado en la creencia de que la realización de la acción no estaba ordenado por la ley" Cf. BACIGALUPO, Enrique. **Tipo y error**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 172. Tradução Livre.

²⁶⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – Parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014. p. 460 - 461.

Porém, essa consciência tem como fundamento normas de cultura que são colhidas no convívio social, da apreensão e compreensão do que vem a ser proibido num consenso social geral. A base dessa valoração paralela só encontra guarida na contradição do comportamento do sujeito quanto à moralidade e aos valores sociais. Portanto, para que se possa atingir o caráter injusto de uma ação é necessário que a matéria desse injusto já tenha penetrado anteriormente na consciência, o que só seria possível por meio de normas consuetudinárias, normas de cultura, acessíveis ao leigo.²⁶¹

4.6.2 O Tratamento do Erro de Proibição

A próxima modalidade de erro que abordaremos no presente trabalho não é de tão fácil compreensão.

Estudar o instituto do erro de proibição é deveras importante – assim como o estudo que se fez acerca do erro de tipo –, uma vez que a incidência do referido instituto é capaz de afastar completamente a culpabilidade do indivíduo que compreende de maneira equivocada a antijuridicidade de uma conduta – desde que seu erro seja invencível.

O caput do artigo 21, do Código Penal está em conformidade com a teoria finalista da ação, que situa a consciência da ilicitude na culpabilidade.²⁶²

Raros são os doutrinadores que se arriscam a extrapolar as poucas páginas e enfrentar detalhadamente a problemática do erro de proibição. Já na prática é o oposto, são incontáveis os casos de dúvida quanto à proibição, enriquecida com exemplos recorrentes e oriundos de dois fenômenos: uma proliferação quantitativa de leis penais; e a complexidade qualitativa da matéria a ser regulada. O primeiro ponto implica num excesso regulatório em matéria penal – o atual problema da administrativização do direito penal –, o que acaba aumentando consideravelmente a possibilidade de atuação em um âmbito cercado por proibições. O segundo, quase

²⁶¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 259.

²⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 573.

que por consequência do primeiro, é o surgimento de leis penais com contornos incertos.²⁶³

Erro de proibição é aquele que recai sobre a antijuridicidade de uma ação conhecida como típica pelo autor.²⁶⁴ Para Jescheck-Weigend, o erro de proibição é um juízo equivocado sobre a antijuridicidade do fato.²⁶⁵ Tal concepção veio de uma importante contribuição da jurisprudência alemã por força de uma célebre sentença de 18 de março de 1952, que assim declarou:

(...) a suposição errônea de que não concorre um elemento do fato origina o erro de tipo. O sujeito crê que o seu atuar é permitido, em virtude de não saber o que faz; sua vontade não está dirigida a realização do tipo. Pelo contrário, o erro sobre a antijuridicidade concerne à proibição da conduta. O Sujeito sabe o que faz, mas supõe erroneamente que sua ação é permitida.²⁶⁶

De tal modo, o erro de proibição recai sobre a compreensão da antijuridicidade de uma conduta, e quando invencível, ou seja, insuperável, mesmo com a devida diligência, já que o sujeito não poderia compreender a antijuridicidade do injusto, seu efeito é o de eliminar a culpabilidade; já, quando vencível, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa que encontra-se firmada em um nível correspondente.²⁶⁷ Em outras palavras, o erro de proibição é aquele produzido quando o sujeito, embora conheça todos os pressupostos do tipo, mas por circunstâncias particulares suas, desconhece a proibição do fato, não afeta o dolo nem a culpa, mas exclui ou deixa menos reprovável a culpabilidade do sujeito.²⁶⁸

Para Claus Roxin, o erro de proibição somente ocorreria quando

El sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida. P. ej. alguien graba en una cinta magnetofónica, sin que lo sepa su interlocutor, la conversación

²⁶³ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20.

²⁶⁴ MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. v. 2. Traducción y notas de derecho español por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. p. 142.

²⁶⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: Parte general**. 5. ed. atual. e ampl. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002. p. 490.

²⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 513.

²⁶⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 570.

²⁶⁸ CONLLEDO, Miguel Díaz y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid. La Ley. Gráficas Muriel, 2008. p. 159-173.

telefonica que esta manteniendo (parágrafo 201); no se le pasa por la cabeza la idea de que eso pueda estar prohibido.²⁶⁹

Hans Welzel conclui que a culpabilidade está atrelada à capacidade de poder atuar de outra maneira,²⁷⁰ posto que a relevância do erro de proibição baseia-se no sentido de que, quem desconhece a proibição de um fato não tem razão para atuar de outro modo, daí o erro invencível determinar a ausência de culpabilidade. Por outro lado, quem desconhece a proibição de forma evitável atua culpavelmente, pois poderia conhecê-la. A culpabilidade pode ser diminuída, uma vez que o desconhecimento da antijuridicidade reduz a reprovabilidade.²⁷¹

Veremos adiante que a jurisprudência alemã aperfeiçoou o conceito de erro de proibição invencível, tornando-o bastante restritivo, excluiu a dúvida de seu espectro, partindo da premissa que erro e dúvida são incompatíveis. Com isso, tem-se uma redução significativa no âmbito de aplicação direta do artigo 21 do Código Penal Brasileiro. Esse posicionamento, mais restritivo, mostra-se perfeitamente compatível com os moldes legislativos adotados aqui no Brasil.²⁷²

A concepção dominante na Alemanha, Itália e Espanha é fundada no que Alaor Leite chamou de tese da incompatibilidade entre dúvida e erro. Segundo esta teoria, quem age sob um efeito da dúvida ante a proibição de uma conduta atua com a consciência eventual do injusto, portanto, não mereceria a atenuação ou mesmo a exclusão da responsabilidade prevista no artigo 21 do CP, segunda parte e segunda frase, e artigo 21, primeira parte, segunda frase, respectivamente.²⁷³ Ou seja, a dúvida sobre a proibição de uma conduta deve ser tratada como consciência eventual do injusto, sendo assim, incompatível com o instituto do erro de proibição.

Logo, diante da dúvida o sujeito deveria renunciar à sua conduta, ressalvados os casos em que essa renúncia seja, por razões pessoais excepcionalíssimas, inexigível ao sujeito.

²⁶⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – Parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014. p. 861.

²⁷⁰ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Maestros del Derecho. Director: Gonzalo D. Fernández. Versión castellana y notas por José Cerezo Mir. Reimpresión de la 1ª ed. en castellano, Barcelona: Ariel, 1964. p. 122-130.

²⁷¹ PUIG, Santiago Mir. **Direito penal**: Fundamentos e Teoria do Delito. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 436.

²⁷² LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 22.

²⁷³ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 24.

Em um único caso se admite exceção à regra da punição sobre a proibição, é aquele no qual a dúvida recai sobre os deveres jurídicos que se auto excluem. Pense num funcionário público que, se age, pode vir a cometer em ilícito penal qualquer, e, se se omite, pode cometer delito funcional, como por exemplo o favorecimento real ou delito de prevaricação.²⁷⁴ A doutrina já está caminhando no sentido de admitir o não merecimento de pena em outros casos de dúvida sobre a proibição, afirmando para tanto que, apesar da consciência eventual do injusto por parte do sujeito, a omissão da ação possivelmente proibida pareça inexigível.²⁷⁵

No direito penal finalista, que se firmou na segunda metade do século XX, fundado na teoria da culpabilidade, não há lugar para uma culpabilidade presumida, ou responsabilidade objetiva, entretanto, quem agir sem a consciência da ilicitude quando poderia ou deveria tê-la, o faz de maneira culpável.²⁷⁶

O substrato da valoração da ilicitude não é constituído apenas por um problema de desvalor ligado a um dever-ser jurídico, é necessário o conhecimento de que a conduta como tal é proibida legalmente, pois, o desconhecimento desta causa de proibição impede a consciência total do fundamento da valoração, gerando insuficiência na orientação da consciência ética do sujeito ativo para o problema da ilicitude.²⁷⁷ Não basta àquele sujeito, que age tipicamente, conhecer a situação típica, é necessário saber ou poder saber que a sua atuação é proibida.²⁷⁸

Afinal, o que se espera de um direito penal fundado no finalismo não é se o sujeito ativo conhece ou não a proibição, mas se o sujeito ativo poderia ou não conhecê-la, dando espaço para o chamado "conhecimento potencial".²⁷⁹

O erro de proibição se desdobra em três espécies distintas: o direto; o indireto e o mandamental.

O erro de proibição direto é aquele em que o sujeito age de maneira errada por desconhecimento da existência de uma proibição,²⁸⁰ por exemplo: deixar de

²⁷⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 234.

²⁷⁵ LEITE, Alair. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 25.

²⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 514.

²⁷⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 364.

²⁷⁸ PUIG, Santiago Mir. **Direito penal**: Fundamentos e Teoria do Delito. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 433.

²⁷⁹ PUIG, Santiago Mir. **Direito penal**: Fundamentos e Teoria do Delito. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 437.

²⁸⁰ BACIGALUPO, Enrique. **Tipo y error**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 173.

pagar um tributo. Essa espécie de erro é muito mais frequente em tipos penais não convencionais. Nos delitos protegidos pelo chamado direito penal tradicional – crimes contra vida, contra honra, contra o patrimônio –, estes erros são pouco frequentes. Porém, podem ocorrer perfeitamente quando houver algum tipo de alteração no texto da lei que redefinam ou acrescentem alguma conduta punível – *novatio legis*.

O erro de proibição indireto é aquele em que o autor acredita estar agindo licitamente por uma falsa percepção do alcance de uma norma, ou seja, quando o erro acaba recaindo sobre a permissão de uma conduta, podendo inclusive consistir na falsa suposição da existência de um preceito permissivo não reconhecido pela lei, ou por reconhecer uma causa de justificação que não existe.²⁸¹

Chama-se erro de proibição mandamental aquele no qual o erro recai sobre uma norma mandamental,²⁸² isto é, uma norma que determina que o agente realize uma conduta típica, e por desconhecimento do dever de agir, acaba permanecendo inerte, infringindo assim o tipo penal, por exemplo: um sujeito que avista outro se afogando no mar e se abstém de agir por supor não ter a obrigação legal de prestar socorro.

Jorge Figueiredo Dias afirma que na medida em que o omitente viola a norma que manda, isto é, que impõe um dever de agir, e o erro incide sobre essa existência mandamental, constitui erro de mandamento. Isso é fundamentado pois a violação do dever da garantia nada mais é do que a própria ilicitude da comissão por omissão, pelo que também a falta de consciência daquele dever é aqui, ela própria a falta de consciência da ilicitude do agente.²⁸³

Em linhas gerais e resumidamente, pode-se afirmar, que a distinção entre tipo e culpabilidade em conexão com a distinção entre erro de tipo e erro de proibição apresenta as seguintes diferenças: i. o erro de tipo afeta o dolo; enquanto o erro de proibição afeta a compreensão do sujeito sobre a antijuridicidade; ii. o erro de tipo é caracterizado quando, em uma linguagem popular, "o sujeito não sabe o que faz"; já o erro de proibição é caracterizado quando "o sujeito sabe o que faz, mas crê que não

²⁸¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 571.

²⁸² Normas mandamentais são aquelas normas que, para serem violadas, demandam uma conduta de caráter omissivo impróprio.

²⁸³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge De. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000. p. 510.

é contrário ao ordenamento jurídico; iii. o erro de tipo é capaz de eliminar a tipicidade; o erro de proibição pode eliminar a culpabilidade.²⁸⁴

Claudio Brandão traz como exemplo em uma ação de descaminho, onde o agente morador de uma cidade fronteiriça com um outro país, traz mercadorias sem pagar os devidos tributos devidos ao Fisco por incidir em erro. Se o erro foi provocado porque o agente supunha que não era proibido trazer produtos dessa cidade circunvizinha, temos uma consequência²⁸⁵; Se o erro foi provocado por que o agente não conhecia que esse produto que ele trazia era estrangeiro, estaríamos diante de outra consequência²⁸⁶.²⁸⁷

4.6.3 O Reenvio da Norma Extrapenal como Mecânica de Deveres Organizacionais Institucionais: Posição de Garante

Os delitos comissivos por omissão²⁸⁸, também chamados de omissivos impróprios, assumem um importante papel no tema dos delitos metaindividuais. O sujeito ativo nesse tipo de crime é aquele que detêm o dever jurídico de agir, isto é, a lei lhe atribui uma posição de garante²⁸⁹, assim o delito somente se perfaz quando aquele que tem o dever legal de impedir o resultado não o faz.²⁹⁰

Juarez Tavares traz como exemplo o crime de facilitação ao contrabando ou descaminho²⁹¹ em que o núcleo do tipo é “facilitar”. A proibição do ato de facilitar, juntamente com a determinação de impedir a realização do contrabando ou

²⁸⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 492

²⁸⁵ Exclui a culpabilidade do agente se no caso concreto o erro for inevitável.

²⁸⁶ Nesse caso seria excluído o próprio dolo do sujeito.

²⁸⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 186.

²⁸⁸ Juarez Tavares conceitua os crimes comissivos por omissão como aqueles onde os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. (...) Essa posição de garantir é característica específica dos crimes omissivos impróprios, daí dizer-se que a omissão, no caso, é qualificada. A omissão é qualificada, porque tem alguma coisa além da omissão requerida os crimes omissivos próprios. (TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal. 1996. p.65-70).

²⁸⁹ O artigo 13, parágrafo 2º do Código Penal estabelece em suas alíneas a quem incumbe o dever de agir.

²⁹⁰ LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 114.

²⁹¹ Art. 318: "Facilitar, com infração do dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho."

descaminho, que gera o resultado da facilitação. Nesse caso o sujeito é garantidor do bem jurídico salvaguardado, subordinado a um dever especial de proteção.²⁹²

Cezar Roberto Bittencourt afirma que, o erro do garantidor deve ser considerado como erro de tipo, quando o autor não souber da sua posição, ou, dela tiver uma falsa representação, sua configuração excluirá o dolo, desde que o autor desconheça sua posição de garante.²⁹³

Álvaro Mayrink da Costa entende, entretanto, que se o erro recair sobre o dever de atuar, o erro seria de proibição, uma vez que o autor desconhece seu dever jurídico de agir.²⁹⁴

Juarez Tavares afirma que o erro sobre a “posição de garantidor” é erro de tipo²⁹⁵; já, o erro sobre o “dever de garantidor” é um erro de proibição.

Luiz Régis Prado traz como exemplo o artigo 68 da Lei nº 9605/98, e afirma que esse dispositivo visa proteger o exercício da função administrativa e o meio ambiente: "Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental". Então, o sujeito ativo seria apenas aquele que o dever legal ou contratual de cumprir com a obrigação, ou seja, um delito comissivo por omissão.

Em resumo, se o agente errar sobre a sua posição de garantidor, estaremos diante de um erro de tipo – exclui-se o dolo da conduta, mas pune-se por culpa, ante a previsão desta; porém, se o agente incidir em erro, por desconhecer o seu dever de atuar, seja por desconhecer as leis que regem a atuação do funcionalismo público, seja por desconhecer esse dever advindo do contrato que celebra com o poder público, estaremos a frente de erro de proibição, portanto, exclui-se a culpabilidade se inevitável.²⁹⁶

²⁹² TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal. 1996. p.74.

²⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro jurídico-penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1996. p. 59.

²⁹⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1982. p. 783.

²⁹⁵ Nesse sentido Jorge Figuero Dias defende que o erro de tipo ocorre porque incide sobre os pressupostos materiais da valoração moral ou social através da qual é fixado em concreto o dever de garantia - posição de garante - A falta de conhecimento da situação não permitiria ao agente que ponha corretamente a questão do desvalor moral ou social da não-intervenção e portanto, esse erro excluiria seu dolo. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da consciência da ilicitude em direito penal. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000. p. 510)

²⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 538

Outro exemplo, trazido pelo mesmo autor, está previsto no parágrafo 3º do artigo 54, da Lei nº 9605/98: "Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível". O "caput"²⁹⁷ do referido artigo trata de tutelar os crimes de poluição de qualquer natureza. Da mesma maneira que no exemplo anterior, se o agente que omite não souber da posição que ocupa como garante de proteção do meio ambiente e da saúde pública, configura-se o erro de tipo; mas, se souber que tem o dever de proteger, mas ignora que deveria adotar determinada medida, configura-se erro de proibição.²⁹⁸

Além disso, surge um outro problema, imaginemos que uma norma extrapenal determine um dever institucional e organizacional a um certo sujeito, toda vez em que houver um reenvio à essa norma, como por exemplo, a obrigação de se obter uma licença para vender uma motosserra²⁹⁹, surge, no momento do reenvio, a implicação ao sujeito, ou a definição de fronteiras do papel de vendedor de motosserra realizado por normas administrativas. Essas normas podem chegar até a estabelecer requisitos administrativos extrapenais, para que um outro sujeito possa obter a licença para realizar aquele papel.

Ou seja, as técnicas de reenvio remetem orientações para o conjunto de normas que demarcam os papéis sociais, fazendo com que o Direito Penal, que hoje se orienta do delito ativo para o delito omissivo, ou, da ação para omissão imprópria, se desloque do autor de um delito comissivo para aquele sujeito que infringe deveres na característica de omissão imprópria.

Na medida em que uma norma administrativa desempenha um papel social - como no exemplo do vendedor de motosserra - isso gera uma série de deveres que acabam por colocar o sujeito alvo da norma na posição de garantidor. Assim, chega-se à conclusão de que a norma extrapenal que complementa a norma penal, estabelece deveres por intermédio das técnicas de reenvio, e os faz definindo forma

²⁹⁷ Art. 54. "Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora."

²⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 540.

²⁹⁹ BRASIL. Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989. Disponível em: <<http://prespublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103347/lei-7803-89>> Acesso em: 02/02/2016.

de comportamento, e gerando, como consequência direta, a criação de uma posição de garantidor.

A conclusão que se chega é a de que, de uma maneira geral – e partindo da estrutura analítica de crime –, pode-se dizer que o erro de tipo corresponde a falta de dolo, enquanto o erro de proibição equivale à ausência da potencial consciência da ilicitude. Contudo, até aí nada de novo foi dito.

5 O ERRO QUANTO A TIPOS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO COM EMPREGO DAS TÉCNICAS DE REENVIO

Neste capítulo, pretendemos explorar os problemas e as contradições por que passa o instituto do erro nos delitos econômicos que se utilizam das técnicas de reenvio. Trata-se de uma questão muito controvertida e profunda consequência prática no âmbito de todo o direito penal econômico, apresentando um nível enorme de abstração.

Se pretende ainda, analisar acórdãos através do método de análise de conteúdo das decisões.

Nos dizeres de Roberto Freitas Filho, o objetivo geral do método é de organizar informações que são relativas a decisões proferidas em um determinado contexto; analisar a coerência decisória no contexto da dogmática penal; produzir uma explicação de sentido das decisões a partir de interpretação de acordo do processo decisório, a forma dessas decisões e quais os argumentos produzidos.³⁰⁰

O recorte objetivo que consiste no alvo central da presente pesquisa diz respeito a qualificação jurídica e a interpretação do instituto do erro nos delitos econômicos que fazem uso de técnicas de reenvio por parte das Cortes brasileiras.

No que diz respeito às relevâncias decisórias, identificar o direito produzidos por essas cortes, diante das controvérsias doutrinárias é muito importante para a análise do seu impacto na dinâmica das atividades jurídicas do país.

Os acórdãos pesquisados foram obtidos através dos sites oficiais dos Tribunais (STJ, TRF). O universo pesquisado corresponde ao conjunto de decisões disponíveis nos portais "Pesquisa Temáticas de Jurisprudência" dos sites³⁰¹ no período de 2005 à 2016. Os critérios de seleção das expressões de busca nas ementas < "Erro" >, < "Técnicas de Reenvio">, < "Lei penal em branco"> foram as que permitiram uma maior coleta de número de acórdãos com um maior grau de precisão.

Esses critérios são replicáveis, permitindo outros estudiosos possam repetir os mesmos passos e obtenham as mesmas decisões analisadas. Isso atende ao

³⁰⁰ FREITAS FILHO, Roberto. Metodologia de Análise de Decisões. Brasília: Centro Universitário de Brasília. 2009. p. 03.

³⁰¹ STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/juritfr/>> Acesso em: 02/02/2016.

principal critério de uma seleção sistemática de casos, que é, o da replicabilidade, que é o que confere objetividade científica ao trabalho de análise de conteúdo.^{302,303}

Atualmente, com os ininterruptos avanços tecnológicos a elaboração de novos dados, arquivos ou registros, é inevitável. É concebível, por exemplo, alguém obter um novo meio para reconhecer e produzir elementos de uma maneira nunca antes imaginada. Logo, torna-se vago um conceito que está aberto a experiências futuras ou mudanças de paradigmas sociais.^{304/305}

As questões referentes ao instituto do erro constituem para a dogmática jurídico penal, um banco de provas da coerência e eficácia da teoria jurídica do delito.

A convicção do sistema, baseado nesses princípios, entra em colapso quando o objeto da falsa representação subjetiva não está constituído por uma realidade objetiva do ser, mas sim pela realidade - também objetiva - das normas e das valorações jurídicas. A suposição equivocada de estar infringindo normas jurídicas que na realidade não existem ou que o autor do fato não infringe não pode, sem embargo, recair no autor, segundo o parecer jurídico prevalente na Alemanha; nestes casos, deveria ser chamado delito putativo, que não se pune. A origem das desavenças e o objeto da polêmica é, ao contrário, o desconhecimento subjetivo por parte do autor da efetiva lesão objetiva de uma norma jurídica. Pensamentos jurídicos antigos consideravam estes erros irrelevantes, principalmente com base na presunção de que a eficácia da norma não pode depender do seu conhecimento ou

³⁰² No nível mais básico, os juristas empiristas podem ser mais sistemáticos em uma seleção de casos para análise. juristas interpretativas apresentam os casos que lhes interessam, muitas vezes sem discussão. O leitor depende do julgamento do autor, que esses casos selecionados valem a pena serem lidos, isto é, que são os "melhores casos", que melhor ilustram a questão jurídica em questão. A análise de conteúdo, em nítido contraste, insiste em replicabilidade. Os juristas empíricos podem alcançar este primeiro princípio simplesmente especificando uma seleção reprodutível de casos. Isto implica à decisão do que pode responder à questão de pesquisa, articulando os critérios de seleção e, em seguida, uma leitura das opiniões. (...) Uma boa metodologia de pesquisa para definir uma seleção relevante de casos é de antemão, documentar como eles estavam localizados, assim como um historiador cuidadoso poderia fazer, mesmo que isso não seja necessário para incluir a documentação em cada publicação. A pesquisa disciplinada é mais provável para descobrir todos os casos relevantes, e protege contra a seleção subjetiva e livre de preconceitos em casos provam do autor desse ponto. (Tradução Livre).

³⁰³ HALL, Mark A.; WRIGHT, Ronald F. Systematic Content Analysis of Judicial Opinions. In: **California Law Review**, vol. 96. 2008. p. 79-80 (Tradução Livre).

³⁰⁴ Hassemer afirma que por porosidade podemos compreender a vaguidade em potencial, de maneira em que os tipos porosos se expressam na medida em que nunca se pode confiar em um conceito que seja equivocado. Ainda o autor diferencia os termos Vago e porosidade no sentido de que o primeiro aponta para experiências com elementos do passado e do presente, na medida em que o Segundo deixa uma dúvida aberta para o futuro.

³⁰⁵ Nesse sentido ver Hassemer – Conceitos Vagos.

da aprovação de quem quer que fosse (*error juris nocet*), e, com o reconhecimento de um erro relevante sobre a norma, o ordenamento jurídico questionaria sua validade (fática).

O progresso acelerado das civilizações, cada vez mais tecnificadas e juridificadas, força admitir que o cidadão comum não consegue saber de todas as normas jurídicas a que é potencialmente destinatário. Dele, só resta esperar que, razoavelmente, tenha um conhecimento do núcleo de normas jurídicas.

Claus Roxin, com base em aspectos político-criminais e inspirado na teoria do delito, afirma que o erro de natureza intelectual, cometido por um sujeito, deve ser valorado de modo diverso daquele que realiza a conduta com uma valorização ético-moral errônea. Para ele, o erro de proibição, em matéria de direito penal econômico, representa basicamente um problema de informação de natureza intelectual do sujeito, e portanto, afeta um elemento da evitabilidade do resultado, ou, do potencial conhecimento da antijuridicidade.

As peculiaridades presentes no campo do direito penal econômico trouxeram discussões e flexibilizações nos princípios clássicos do Direito Penal nunca antes imaginadas, inclusive na esfera do erro jurídico-penal.

Martínez-Buján Pérez afirma que, no Direito Penal Econômico, deve se buscar soluções – dentro da teoria da culpabilidade – que "suavizem" a repressão penal e proporcionem uma maior proteção aos direitos fundamentais do cidadão em face de excessivas intromissões do poder punitivo estatal. Se o tratamento do erro dentro do marco teórico da teoria da culpabilidade se considera correto no âmbito dos delitos contra bens jurídicos tradicionais – aqueles do direito penal nuclear –, o mesmo não ocorre nos delitos socioeconômicos que integram essa nova ciência penal.

A hipertrofia normativa no terreno do direito penal econômico e o estado "de alerta jurídico" em que o cidadão é obrigado a permanecer, para não incidir em erro, é totalmente desproporcional.³⁰⁶

Nesse diapasão, Francisco Muñoz Conde afirma que:

“La experiencia enseñã que estamos dispuestos a conceder relevancia al error si se refiere a normas "artificiales" o éticamente indiferentes. Pero que esa inclinación es más parca cuando el error se refiere a normas que

³⁰⁶ MARTÍNES-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico**: Parte general. Valencia: Tirant Lo Blach. 1998. p. 181.

constituyen el núcleo de nuestra sociedad. Sin embargo, últimamente se está produciendo un fenómeno curioso que obliga a replantearse esa experiencia. Desde el punto de vista del Estado si tiende cada vez más a reforzar sus prohibiciones y mandatos con ayuda del Derecho penal, incluso en aquellos ámbitos tradicionalmente alejados del Derecho Penal, como es la actividad económica. La complejidad técnica y la indeterminación de las nuevas normas es una de sus principales características y también de sus defectos. Y es lógico en esta complejidad se compense desde el punto de vista subjetivo dándole mayor relevancia al error del ciudadano sobre la misma.”³⁰⁷

Nessa perspectiva, Martínez-Buján Pérez afirma que a busca da redução da órbita de aplicação do erro de proibição e uma prevalência do erro de tipo na esfera do Direito Penal Econômico, está longe de achar um ponto final.

A primeira discussão sobre erro dos delitos econômicos foi na década de cinquenta, entre Hans Welzel e Manfred Maiwald, e não só por ser pioneira ela merece destaque, mas também por todas as outras teorias de erro nos delitos econômicos terem tido como ponto de partida a ideia desses dois autores.

A discussão entre os dois autores teve como foco a redação do art. 396, da legislação tributária alemã (RAbgO) devido a imprecisão acerca do conceito de deslealdade tributária.

Isso porque, para a configuração do delito era necessário não só o não recolhimento do tributo, mas também era necessário que o agente tentasse enganar a autoridade tributária.

Perez constatou o início dessa discussão em Hans Welzel em publicações na década de 50, em especial num trabalho elaborado sobre o erro na esfera do Direito Penal Tributário, em 1953, com a apresentação da sua tese de pretensão tributária, defendendo que existe erro de tipo na hipótese de desconhecimento do dever tributário pelo agente.

O autor mencionou, ainda que essa ideia foi fervorosamente combatida por Manfred Maiwald, que sustentava, na época, que o erro vencível sobre elementos normativos jurídicos no âmbito do Direito Penal Econômico, e especificamente sobre a chamada teoria da pretensão tributária, incidiria em erro de proibição.³⁰⁸

Posteriormente, Hans Welzel produziu outro giro dogmático que gerou uma quebra no pensamento de Mainwald, fazendo com que a doutrina alemã

³⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 100-105.

³⁰⁸ MARTÍNES-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico: Parte general**. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1998. p. 140.

interpretasse que aquele sujeito que se encontrava em situação de desconhecimento do dever tributário não teria o escopo de atuar dolosamente, alterando então o entendimento da incidência do artigo 307 da sua legislação tributária.³⁰⁹ Hans Welzel afirmava que o autor tem que conhecer a pretensão tributária concretamente existente e terá que querer evadi-la frente às autoridades aduaneiras, porém aquele que não conhecer a pretensão tributária concreta se encontra em hipótese de erro de tipo que exclui o dolo do tipo.³¹⁰

Contudo, Manfred Maiwald contestou as conclusões de Hans Welzel por um motivo crucial: não é a espécie da lei – seja ela completa ou em branco – que determina o grau de exigência de dolo do agente, mas sim seu conteúdo material. É dizer, não é propriamente uma espécie de lei que deve regular ou não a matéria atinente à exigência que se deve fazer ao dolo do agente, uma vez que a descrição da matéria proibitiva sob forma de lei penal em branco ocorre tão-somente por razões de conveniência do legislador, o qual opta pela aposição nos variados tipos penais de elementos normativos ou pela remissão normativa.³¹¹

Manfred Mainwald questiona se o desconhecimento do dever tributário tem ou não que integrar o dolo, uma vez que não há prejuízo absoluto pelo caráter da lei de defraudação tributária ser lei penal em branco, carecendo analisar se o desconhecimento da obrigação tributária acarretaria erro de tipo ou erro de proibição.³¹²

André Vinicius de Almeida observa que toda a argumentação feita por Manfred Mainwald se constrói sob influência dos ensinamentos de Edmund Mezger, especialmente na ideia da valoração paralela na esfera do profano, onde não se exigia o assentimento juridicamente exato, por parte do autor do delito, dos elementos normativos. Bastaria uma apreciação da característica do tipo no círculo de pensamentos de um homem médio no lugar do autor.³¹³

³⁰⁹ MAIWALD, Manfred. **Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario**. Traducción Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997. p. 25-33.

³¹⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1993. p. 354.

³¹¹ ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 78.

³¹² MAIWALD, Manfred. **Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario**. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997. p. 30-44

³¹³ ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 81.

Ainda, Manfred Maiwald assevera que essa teoria reside na função de chamada do tipo penal. Isto porque um tipo descreve uma conduta socialmente danosa, isto é, os elementos que configuram o dano social a ser evitado, e que o autor pode perceber sem dificuldades. Porém, justifica que o conhecimento da situação pode ser desconhecido por algumas pessoas, como as com desenvolvimento cerebral incompleto ou pessoas que cresceram em uma sociedade com ideias valorativas completamente distintas, ou simplesmente pode ter ocorrido um erro momentâneo como consequência de um equivocado produto psíquico no caso concreto. Se, em consequência disso, falta o conhecimento da significação da conduta, não se pode derivar daí uma reflexão do que é lícito ou ilícito. No erro de proibição o homem deveria ter consciência de tudo aquilo que pretende fazer em consonância com os princípios do "dever-ser".

Isto é, o agente deve atuar com conhecimento da situação, mas em desconhecimento da proibição, sendo que possivelmente tenha omitido o esforço de consciência exigível que lhe "teria tornado ilegal a perceber a verdade, não cabendo nenhuma dúvida de que o legislador quer também punir tais atos com a intenção pena"³¹⁴. Com as ideias do autor, exigir-se-ia do sujeito um saber absoluto sobre tudo, considerando que se ele atuou sem se informar, agiu omitindo esforços para o conhecimento de sua consciência. Não só isso, por "pretensão tributária" ser um elemento normativo, faz com que o autor analise tal elemento e aprecie corretamente a situação acerca desse elemento, e acredite que por estar autorizado por alguma razão alheia ao tipo, não precise realizar a ação.

Com isso, a construção de Maiwald é refutada, não só por aspectos dogmáticos, mas também por razões político-criminais.³¹⁵

5.1 SOLUÇÕES ADOTADAS PELA DOUTRINA ESTRANGEIRA PARA O INSTITUTO DO ERRO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

³¹⁴ "Habría hecho tomar conciencia de lo ilícito del hecho, no cabendo ninguna duda de que el legislador quiere castigar también tales hechos con la pena del dolo". Cf. MAIWALD, Manfred. **Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario**. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997. p. 45.

³¹⁵ ALMEIDA, André Vinícius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 84.

Esse debate entre Mainwald e Hans Welzel fez com quem atualmente autores como, Carlos Martínez-Bujan Pérez, Klaus Tiedmann, Figueiredo Dias sugerissem que se ofereçam regras diferentes para aplicação do erro quando se tratar de Direito Penal Econômico.

Diante das especificidades dos delitos econômicos a doutrina vê a necessidade de um tratamento diferenciado para o instituto do erro nesse setor, diverso daquele usado no Direito Penal tradicional. Isso porque, realidades diversas demandam tratamento diverso. A teoria tradicional do erro foi elaborada com base nas peculiaridades do Direito Penal tradicional que buscam proteger bens jurídicos individuais, básicos. Entretanto, a realidade da dogmática penal com o passar dos anos se alterou com uma expansão gigantesca, fazendo com que a tutela penal esteja presente em setores cada vez mais específicos e complexos.

É nesse campo que se encontra o núcleo da problemática atual sobre o erro: a existência de elementos valorativos nos tipos, bem como dos que fazem remissão a normas – jurídicas ou não –. Colocam como um dos temas mais importantes a discussão que a teoria do erro enfrenta cada vez que o sujeito ativo se equivoca sobre a ocorrência de um elemento normativo do tipo: estaríamos diante de um erro de tipo, ou com uma terminologia mais neutra, um erro excludente de dolo, ou diante de um erro de proibição?³¹⁶

Diante disso, surgem algumas propostas para o tratamento do erro no Direito Penal Econômico, conforme se analisará em seguida.

5.2 REALIZAÇÃO DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E O CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS – VOLTA DO DOLUS MALUS

Em Portugal, para tentar resolver o problema do tratamento do instituto do erro no Direito Penal Econômico foram propostas alterações legislativas, que criavam regras distintas daquelas previstas para o direito penal tradicional. As alterações seriam no sentido de estabelecer a adoção, no Direito Penal Econômico

³¹⁶ CONLLEDO, Miguel Díaz y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid. La Ley. Gráficas Muriel, S.A. 2008. p. 43-45.

de critério coincidentes com os defendidos pela teoria do dolo, mantendo-se a teoria da culpabilidade para os delitos de Direito Penal Tradicional.

Haveria coincidência entre os institutos do erro de tipo e de proibição, e com os mesmos efeitos: se o erro é invencível não há responsabilidade criminal, por ausência de dolo e imprudência; se vencível, subsiste uma responsabilidade a título de imprudência, sempre que o ordenamento penal preveja um paralelo tipo imprudente.³¹⁷

Em análise, Carlos Martínez-Bujan Pérez afirma que acolher nesses casos a teoria do dolo, acabaria por representar uma solução muito mais adequada às hipóteses, uma vez que supriria a dificuldade em se afirmar que o desconhecimento do dever tributário – e dos demais elementos normativos jurídicos do tipo – afastaria a consciência da ilicitude, e com ela, o próprio dolo.³¹⁸

O ordenamento jurídico português já adota expressamente a teoria do dolo para os tipos em que o conhecimento da proibição é imprescindível para afirmar a danosidade social da conduta. O artigo 16-1 do Código Penal Português estabelece: "O erro sobre elementos de fato ou de direito de um tipo penal, ou sobre proibições cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do fato, exclui o dolo". Nota-se que o dispositivo legal não se refere ao direito penal econômico.

A proposta de alteração legislativa foi feita do Figueiredo Dias em sua obra "O Problema da consciência da ilicitude em Direito Penal", e algumas considerações do autor valem ser transcritas:

"Na esmagadora maioria dos casos o elemento intelectual do dolo do tipo será configura através da exigência de conhecimento de todos os supostos do facto e (nos limites referidos) do decurso do acontecimento. Excepcionalmente, porém, à afirmação do dolo do tipo torna-se ainda indispensável que o agente tenha actuado com conhecimento da proibição legal. Isto sucede sempre que o tipo de ilícito objectivo abarcar condutas cuja relevância axiológica é tão pouco significativa que o ilícito é primariamente constituído não só ou nem tanto pela matéria proibida, quanto

³¹⁷ TIEDEMANN, Klaus. Sobre el estado de la teoría del error, con especial referencia Al Derecho penal económico y al Derecho penal accesorio: consideraciones de Derecho comparado y conclusiones. In: **Estudios Jurídicos**: En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Segundo volume. Valencia: Universidad de Valencia, 1997. p.897

³¹⁸ BUJÁN, Perez, Carlos Martínez. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**. Parte General. 2. ed. Valencia: Tirand lo Blanch, 2007. p. 181.

também pela proibição legal. Nestes casos, com efeito, seria contrária à experiência e à realidade da vida a afirmação de que já o conhecimento da factualidade típica e do decurso do acontecimento orientam suficientemente a consciência ética do agente para o desvalor do ilícito. Não queremos com isto afirmar que o relevo axiológico da conduta valha já como consciência do ilícito. Queremos sim significar que a pequena ou insignificativa relevância axiológica da acção faz com que o facto, no conjunto dos seus elementos, não suscite imediatamente um problema de desvalor ligado ao dever-ser jurídico; e que portanto o substrato da valoração da ilicitude não é aqui constituído apenas pela conduta como tal, antes por esta acrescida de um elemento novo: a proibição legal. Por isso o desconhecimento desta proibição impede o conhecimento total do substrato da valoração e determina uma insuficiente orientação da consciência ética do agente para o problema da ilicitude. Por isso, em sua neste campo o conhecimento da proibição é requerido para afirmação do dolo "do tipo" sem que por isso ele deixe de ser um dolo "natural", um dolo do "facto".³¹⁹

Embora tentadora, não parece possível, por razões de cunho político-criminal e técnico,³²⁰ adotar a teoria do dolo com o deslocamento do tipo subjetivo para culpabilidade. Isso afronta os avanços propostos pelo finalismo e as demais teorias do fato punível que sucederam.

Além de barreiras de *lege lata*³²¹ de afrontar o que dispõe os artigos 20 e 21, ambos do Código Penal, bem como de *lege ferenda*, aponta-se de maneira clara a tendência do legislador em buscar, para as leis extravagantes, um tratamento isonômico com a matéria que é objeto do nosso ordenamento penal³²², como bem observa André Vinicius de Almeida.³²³

Embora reconheça a adoção da teoria da culpabilidade pelo Código Penal Espanhol, José Cerezo Mir assevera que não seria necessário acatar a teoria do

³¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000. p.363-364.

³²⁰ Tendo em vista o marco teórico na legislação pátria ter se assentado na teoria limitada da culpabilidade.

³²¹ Expressão utilizada para determinar uma lei vigente, existente.

³²² O Projeto de Lei nº 3.473/2000, que visa alterar o vigente ordenamento penal pátrio estabelece a atual redação para o artigo 12. "Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial." suprimindo a possibilidade, que existe hoje, de que a lei especial possa de outra maneira dispor sobre a matéria objeto da parte geral do Código Penal, inclusive se tratando sobre erro.

³²³ ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p.87

dolo no âmbito do direito penal econômico,³²⁴ deveria ser criada uma figura específica dentro desse direito para casos de erro de proibição vencível. Nesta situação, o magistrado reduziria a pena em um ou dois terços, ou, eximiria o sujeito de responsabilidade caso o erro fosse invencível, e a consciência da antijuridicidade da conduta seria incluída no dolo do direito penal econômico. Isso porque, só quando o autor conhece a proibição de uma conduta, por meio de uma norma jurídica, pode ter ciência do injusto material do fato, inexistindo, para ele, uma diferença qualitativa e substancial entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, apenas diferenças quantitativas.³²⁵

5.3 AUMENTO DE INCIDÊNCIA DO CAMPO DE ERRO DE TIPO

O que se pretende com essa solução, é a redução do alcance de aplicação do instituto do erro de proibição em favor do emprego do erro de tipo.

Na Espanha, pioneira no pensamento e na apresentação da proposta, os tribunais adotam, para o Direito Penal Econômico, um tratamento hermenêutico próprio que consiste no fato de que o erro sobre elementos normativos jurídicos, como por exemplo "dever tributário", muito embora fosse erro de proibição, deveria ser reconhecido sempre como invencível, a fim de tornar impunível a conduta. O erro de proibição é invencível quando se desconhece a norma jurídica, e o conhecimento da antijuridicidade (ou conhecimento da proibição jurídica) não pode derivar de regras ético-sociais que norteiam um comportamento em sociedade.³²⁶

Nota-se que, por razões político-criminais, e porque não, por critérios dogmáticos, a proposta de solução para o erro nos delitos econômicos é a de redução do campo de aplicação do erro de proibição e um aumento de incidência do campo do erro de tipo.

³²⁴ Chamado pelo autor de "Derecho penal administrativo".

³²⁵ CERZO MIR, José. **La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios**. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 38, Fasc/Mes 2, p. 277-284, Madrid, 1985. p. 277-280.

³²⁶ "El error de prohibición es invencible cuando se desconoce la norma jurídica, y el conocimiento de la antijuridicidad (conocimiento de la prohibición jurídica) no puede derivarse de las reglas ético-sociales que rigen el comportamiento en comunidad". Tradução Livre. Cf. BAJO FERNANDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes; SUÁREZ CONZÁLEZ, Calos. **Manual de Derecho penal. Parte especial (delitos patrimoniales y económicos)**. 2. ed. Madrid: CERA. 1993. p. 586.

Nesse sentido se manifestou Martinez-Bujan Pérez ao afirmar que, quando se tratar de erros sobre elementos normativos de conteúdo jurídico, ou de erros que façam remissão à normativa extrapenal, como as leis penais em branco, devem ser caracterizados como erro de tipo, e não como erro de proibição.³²⁷

Ainda na esfera político-criminal, Francisco Muñoz Conde afirma que deve ser considerado os fins da política fiscal do Estado e da intervenção do Direito Penal nesta matéria para aqueles sujeitos que de fato queiram intencionalmente lesar o erário público. Afirma ainda que não seria necessário que todo o aparato penal fosse mobilizado em casos em que não houvesse a intenção do sujeito ativo, havendo outras medidas sancionatórias menos gravosas para os cidadãos e, comprovadamente, mais efetivas e rápidas dos que as penas propriamente ditas.³²⁸

Na legislação penal peruana, diferentemente de outros países, a norma complementadora não tem o intuito de ampliar o campo de aplicação do tipo penal, mas, restringir as suas possibilidades de incidência.

No âmbito do Direito Penal Econômico, devido à complexidade e especialidade da matéria regulada, no qual os tipos penais fazem remissão quase sempre a normas do Direito Administrativo, considera-se que não existem melhores alternativas do que dispor de técnicas de reenvio.³²⁹

Nos parece que a segunda proposta é a posição que melhor se ajusta no campo do ordenamento jurídico brasileiro, ela já vem sendo considerada em um interessante artigo sobre o tipo subjetivo no delito tributário, escrito em 2005, onde Rodrigo Sanchez Rios expôs toda a problemática que envolvia o tratamento do erro no direito penal econômico, apontando a necessidade de prevalência do erro de tipo em face do erro de proibição.³³⁰

³²⁷"De lo que se trata es de postular que el error sobre los elementos normativos de contenido jurídico, al igual que el error que versa sobre la normativa extrapenal en las leyes penales en blanco, debe ser caracterizado como un error sobre el tipo, y no como un error sobre la prohibición". Tradução Livre. Cf. MARTÍNES-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico**: Parte general. Valencia: Tirant lo blach, 1998. p. 183.

³²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 107-108.

³²⁹ O autor sugere que a solução para esse campo no Direito Penal Tradicional é a redução do campo das leis penais em branco.

³³⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. Relevantos aspectos do tipo subjetivo no delito tributário. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; SANTÁNNIA, Carlos Soares (Cord.). **Direito Penal Tributário**. São Paulo: MP, 2006. p. 379-398.

Além disso, por ser mais favorável ao réu, o seu emprego decorre da própria análise da teoria do crime, enquadrando-se à teoria limitada da culpabilidade, e por consequência, à legislação brasileira em vigor.

Em conformidade com a teoria do crime, não há dificuldade em reconhecer que o tipo penal tem uma função de motivação. De acordo com Claus Roxin, as ações que se subsumem ao tipo, expressam alguns elementos fundamentais comuns: mereceram a reprovação do legislador e são consideradas, então, socialmente danosas e materialmente contrárias ao direito.³³¹

Juarez Cirino dos Santos afirma que a descrição do tipo faz referência a uma conduta que é socialmente desvalorada, que representa uma lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico. Tanto é verdade, que o princípio da adequação social estabelece que ações realizadas no contexto da ordem social história da vida são ações socialmente adequadas e, portanto, atípicas, ainda que correspondam à descrição do tipo.³³²

Ainda, Zaffaroni afirma que é necessário notar que o tipo penal apenas pode existir como um tipo de injusto, porque é utilizado para descrever condutas que já estão previstas em outros setores do ordenamento jurídico, o que por sua vez, é consequência do princípio da subsidiariedade.

Robson Galvão afirma que o fato de não existirem bens jurídicos-penais, mas bem jurídicos protegidos de modo subsidiário pelo direito penal, decorre que o tipo, entendido como expressão de tal proteção subsidiária, já traz um desvalor jurídico preliminar, que possibilitará afirmar que toda conduta típica é também antijurídica, salvo quando da ocorrência de um preceito permissivo.³³³

Com isso concluímos que o tipo penal deve então descrever um fato e circunstâncias que são relevantes para o juízo de antijuridicidade.

Entretanto, Robson Galvão afirma que não se pode cair no engano de acreditar que exista uma implicação necessária entre a constatação por parte do

³³¹ ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Tradução de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979. p 277.

³³² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris. 2008. p. 189.

³³³ GALVÃO DA SILVA, Robson Antonio. **O Tratamento Jurídico-Penal do Erro no Direito Penal Socioeconômico. Dissertação**. (Especialização) Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 20019. p. 196.

agente de todas as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade com o próprio juízo.³³⁴

Joachim Hruschka também explica que quando a teoria da culpabilidade chama atenção sobre a distinção existente entre dolo e consciência da antijuridicidade, esta fazendo uso da diferença genérica entre a representação de um fato e das circunstâncias que são relevantes para o juízo da antijuridicidade e o juízo da antijuridicidade propriamente dito.³³⁵

Com isso, não se pode confundir o conhecimento do objeto com a própria valoração do objeto.

Para Robson Galvão o tipo penal deve descrever um fato e as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade, o que necessariamente, deve ser levado em consideração no dolo do sujeito. Existem situações em que o fato já traz implícitas as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade. Em outras isso não ocorre, pois o fato descrito pelo tipo pode ser neutro, não contendo nenhuma circunstância implícita relevante para o juízo da antijuridicidade, o que obriga o legislador a se valer de termos como ilegal, proibido ou ilícito.³³⁶

Com isso fica mais clara a problematização envolvida nos crimes econômicos.

O artigo 7º, V, da Lei nº 8137/90, descreve a conduta do sujeito que "eleva o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais." Se for suprimido o termo "ilegais" do tipo, ele não se enquadraria no critério exposto acima, pois a conduta descrita não contém qualquer circunstância relevante para que o autor possa realizar o juízo de antijuridicidade. Haveria apenas uma descrição de uma atividade ilícita.

Conclui-se que somente a partir do conhecimento de uma norma - nesse caso, a que estabelece o que são juros legais e ilegais - é que o agente pode representar o fato e as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade, o que justifica a inserção do termo ilegais no tipo penal. A partir disso tem-se a descrição de uma atividade considerada socialmente danosa e materialmente

³³⁴ GALVÃO DA SILVA, Robson Antonio. **O Tratamento Jurídico-Penal do Erro no Direito Penal Socioeconômico. Dissertação.** (Especialização) Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 20019. p. 196.

³³⁵ HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho Penal: Estudios sobre la teoría de la imputación.* Navarra: Editorial Arazadi. 2005. p. 135.

³³⁶ GALVÃO DA SILVA, Robson Antonio. **O Tratamento Jurídico-Penal do Erro no Direito Penal Socioeconômico. Dissertação.** (Especialização) Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 20019. p. 196.

antijurídica, uma vez que a cobrança de juros ilegais já está proibida por outros setores do ordenamento, o que, em tese, preserva o caráter subsidiário do direito penal.

Porém, Joachim Hruschka afirma que o conhecimento de uma norma não implica necessariamente, no juízo de antijuridicidade, uma vez que não se pode confundir juízo de constatação com juízo de valoração.³³⁷

Antes do agente julgar o conteúdo de uma proposição como algo valoroso ou não, no caso de uma proposição normativa, é preciso que esse agente conheça o sentido dessa proposição.

Por isso, somente com a representação adequada do fato e das circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade é que o agente pode orientar sua consciência e optar por se comportar conforme o Direito, ou não.

Precisamos agora analisar como é feito o liame entre o instituto do erro com as técnicas de reenvio estudadas.

5.4 O OBJETO DO ERRO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

5.4.1 Leis Penais em Branco

Traçado o conceito de lei penal em branco (ver 2.1.1), o importante agora é verificar o modo como os complementos dessas normas cegas deve ser abarcado pelo tipo penal, sobretudo para que se ressalvem quais as exigências que ao dolo do sujeito ativo devam ser feitas.

Com a diferenciação trazida por Mezger (ver. 2.1.1) sobre as leis penais em branco impróprias e próprias, nota-se que a importância se limita ao âmbito da técnica legislativa externa, já que o necessário complemento é sempre parte integrante do tipo, que, uma vez completado, cumpre as mesmas funções nas demais hipóteses, sobretudo no que se refere à sua significação como fundamento da injuridicidade e como objeto de referência da culpabilidade penal.

³³⁷ HRUSCHKA, Joachim. Imputación y Derecho Penal: Estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Editorial Arazadi. 2005. p. 138.

Quando o tipo penal previsto no artigo 11 da Lei nº 7.492/96, veda a manutenção de recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, ou ainda, quando o artigo 10, do mesmo diploma legal, proíbe a omissão, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, de elemento exigido pela legislação, encontra-se o agente, tanto quanto o intérprete da norma, em face de leis penais em branco cujo complemento é oriundo de outras normas e, mais, normas estranhas ao Direito Penal.

Diante dessas situações, o conteúdo do tipo de injusto somente é apreendido em sua inteireza mediante o conhecimento do respectivo complemento por parte do agente, o qual, justamente por esse motivo, integra o tipo e deve ser igualmente preenchido no comportamento concreto do agente, se é que se o pretenda típico. Como defende Jescheck, o correto é partir da premissa de que a norma complementar à lei penal em branco representa um componente do tipo, porque a norma proibitiva ficaria ininteligível se a cominação legal não se referisse a um comportamento descrito em concreto.

Dentro do universo dos delitos econômicos, a questão do erro e das normas penais em branco foi tema de discussão na XIX Jornada Latinoamericana de Direito Tributário, em Lisboa em 1998, onde chegou-se a conclusão de que a conduta imersa em erro, que dizia respeito da aplicação das normais fiscais, exclui o elemento subjetivo do delito.

Parte da doutrina estrangeira³³⁸ entende que a complementação da norma tributária e atendendo ao recurso legislativo da norma penal em branco que, o erro sobre a obrigação tributária deve ser considerado como erro de tipo, ou até mesmo uma informação errada pode levar ao erro de tipo, contudo, se o erro sobre o desconhecimento do direito, visto que as leis tributárias são extrapenais e detém uma característica própria a sua constante mutação, é erro de proibição.

Nesse diapasão Luiz Luisi afirma que o erro referente a qualquer aspecto da norma complementar da lei penal em branco constitui erro de tipo, tendo em vista que essa complementação passa a incorporar-se no tipo penal, e portanto, seria elemento do tipo penal. O autor traz como exemplo o artigo 2º, VI, da Lei nº

³³⁸ RESTUCCIA, Dardo Preza; ADRIASOLA, Gabriel; PABLO, Galain Palermo. **Delitos Económicos. Uruguay-Buenos Aires**: Julio César Faira Editor, 2004. p. 120-123. BALARCE, Fabián I. **Derecho penal económico: parte general**. Argentina: Editora Mediterránea, 2003. p. 146. TIEDEMANN, Klaus. **La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas**. Revista Brasileira de Ciencias Criminais. a. 10 n. 37. São Paulo, Editoria Revista dos Tribunais. p. 73-97. jan-mar 2002.

1521/1951, no que diz respeito a "transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias", muito embora as tabelas oficiais sejam variáveis e estejam contidas em dispositivos extrapenais, elas são parte integrante da norma penal incriminadora e portanto, assumem uma conotação penal, e que, por sua vez constituem elemento do tipo penal, sendo que o erro sobre as mesmas deve ser caracterizado como erro de tipo. Entretanto, se o erro incidir sobre a própria existência da norma complementar, e não um erro relativo a um elemento desta norma, este deve ser caracterizado como erro de proibição.³³⁹

A título de exemplo, André Vinícius de Almeida traz o caso do agente que desconhece o conteúdo da tabela de preços a que faz referência o artigo 2º, inciso VI da Lei nº 1.521/51, na qual se utiliza de uma técnica de reenvio – lei penal em branco. Afirma o autor que, em decorrência de expectativa de uma rápida substituição dessa tabela, em tempos de uma inflação crescente, o sujeito aliena um produto por um preço superior ao permitido. Embora fosse correto sustentar que o sujeito não atua com consciência de um dos elementos que integram o tipo penal, recaindo portanto em erro de tipo, essa constatação não é facilmente alcançável, diante de uma perspectiva de que eventualmente se possa ter acerca da verificação de que se agiria sem o conhecimento da ilicitude do seu comportamento, o que acabaria levando ao erro de proibição. Entretanto, só ocorreria tal hipótese diante da constatação de que o sujeito ativo não tinha e nem poderia ter a consciência de que vender produtos acima do preço tabelado era uma conduta contrária ao direito.³⁴⁰

Justifica-se assim, que o estudo se aprofunde nos elementos suscetíveis de serem alcançados pelo erro do sujeito ativo.

No que diz respeito às leis penais em branco, é importante analisar a maneira como o complemento dessas normas deve ser integrado pelo tipo penal, para, a partir daí, se observar que exigências recaem no dolo do sujeito ativo. Isto é, o ponto central da discussão está em saber se o dolo do sujeito deve estar inserido na norma de remissão ou não, e portanto, se o erro sobre a existência dessa norma seria um erro de tipo.

Três são os posicionamentos adotados pela doutrina Alemã e Espanhola sobre esse tópico: a) a primeira posição – majoritária – defende que o dolo do sujeito

³³⁹ LUISI, Luiz. **O Tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 116.

³⁴⁰ ALMEIDA, André Vinícius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 91.

deve abarcar a ocorrência de todos os elementos típicos que se encontram definidos (pelo menos em parte) pela norma a que seja feita remissão, sem que haja necessidade do conhecimento pelo sujeito da existência da norma. Logo, um erro sobre a existência de uma norma de remissão não será um erro de tipo ou um erro que exclui o dolo, e sim, erro de proibição; b) uma segunda posição doutrinária – minoritária – que vem ganhando força, defende que para aqueles que defendem o uso da teoria do dolo (ou modificações desta teoria), o dolo não deve incluir apenas os elementos da descrição típica que está inserida na norma de remissão, mas também na própria existência da norma de remissão, porque um erro sobre a existência da norma de remissão excluiria o dolo; c) a terceira corrente, parte do pressuposto de que via de regra o dolo do sujeito não tem que abarcar a existência da norma de remissão, mas tal afirmação não pode, contudo, ser uma regra sem exceção. Isto é, o dolo só poderá abarcar a existência da norma de remissão quanto a regulação positiva se a própria existência da norma seja um elemento do tipo.³⁴¹

Observando-se que o tipo descrito no art. 36 da lei nº 9.605/98, define o que é pesca para os efeitos do referido diploma legal e efetua uma ressalva atinente às espécies em extinção, *constantes das listas oficiais de fauna e flora*, ou, quando o art. 11 da Lei nº 7.492/96 proíbe a manutenção de recurso ou valor paralelamente à *contabilidade exigida pela legislação*, estará o sujeito, intérprete do mandamento, diante de uma lei penal em branco no qual o complemento deriva de uma fonte de normas diversa ao ordenamento Penal.³⁴²

Analisando as três posições trazidas pela doutrina estrangeira, no caso do artigo 36, da Lei nº 9.605/98, verificamos três consequências distintas: i. o sujeito que entende o caráter de todos os elementos típicos do delito mas que desconhecer a existência da norma de remissão incidiria em erro de proibição; ii. o sujeito que desconhece os elementos de descrição típica contida na norma de remissão incide em erro de tipo; iii. o sujeito só deveria conhecer a norma de remissão quando a própria existência dessa norma fosse um elemento do tipo, e, portanto se errasse sobre esse conhecimento, incidiria também em erro de tipo.

Nessas situações fáticas, o conteúdo previsto no tipo só é inteiramente compreendido quando o sujeito conhece inclusive o respectivo complemento, que,

³⁴¹ CONLLEDO, Miguel Díaz y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La Ley, 2008. p. 428.

³⁴² Ainda, são exemplos de normas penais em branco: Lei nº 7.492/96, artigo 10; Lei nº 8137/90, artigos 1º inciso II, 2º, inciso V; 6º, incisos I, II e III; Lei nº 9.605/98, artigos 40, 45, 56, 60.

como parte integrante do tipo, deve ser praticado na conduta do agente para que seja considerada típica.

Logo, quanto às leis penais em branco, se conclui: i. se o erro incide sobre circunstâncias de fato da norma integradora, configura-se erro de tipo; ii. se o erro incide sobre a disposição individual concreta integradora de um tipo penal em branco, configura-se erro de tipo; iii. se o erro incide sobre a existência da norma integradora podemos ter a incidência de erro de tipo ou de erro de proibição, será erro de tipo quando a regulação positiva se depreenda que a própria existência da norma seja um elemento do tipo, isto é, sempre que o conhecimento da existência da lei seja uma circunstância relevante para o juízo de antijuridicidade.³⁴³

Feitas as considerações sobre o tema, passaremos a analisar alguns casos concretos.

5.4.1.1 Uma Análise do Erro de Tipo nas leis penais em branco

Analisar-se-á, neste caso³⁴⁴⁻³⁴⁵, acusados investigados pela prática de evasão de divisas. No curso da investigação, apurou-se a suposta manutenção de contas no exterior no período de 2002 a 2008, os agentes teriam realizado inúmeras operações ilícitas com divisas nacionais, diretamente ou por intermédio de outras contas clandestinas no exterior, com o escopo de manter depósitos no exterior à margem da comunicação devida ao órgão responsável.

A defesa arguiu erro de tipo por que os agentes desconheciam a obrigação de declarar os valores mantidos no exterior (erro de tipo), acreditando que realizavam operações lícitas

³⁴³ GALVÃO DA SILVA, Robson Antonio. **O Tratamento Jurídico-Penal do Erro no Direito Penal Socioeconômico. Dissertação.** (Especialização) Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 20019. p. 196.

³⁴⁴ PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR. NORMAL PENAL EM BRANCO. COMPLEMENTO. PRECEITO TEMPORÁRIO. ELEMENTOS DO DELITO CARACTERIZADOS. ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO. AFASTAMENTO. ÉDITO CONDENATÓRIO REFORMADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA.

³⁴⁵ (TRF-4 - ACR: 50218519020124047000 PR 5021851-90.2012.404.7000, Relator: Revisor, Data de Julgamento: 15/10/2013, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 15/10/2013)

O Magistrado em primeiro grau, na sentença, optou por absolver acusados da imputação entendendo que "(...) **o desconhecimento da obrigação de encaminhar DCBE's ao BACEN caracteriza erro de tipo, e não erro de proibição', descaracterizando a conduta dolosa dos acusados, nos termos do art. 386, inc. III e VI, do Código de Processo Penal.**"

Entretanto, a 7ª Turma do TRF da 4º Região ao analisar o recurso não concordou com o entendimento do Magistrado *a quo*, afirmando que para a caracterização do erro de tipo é necessário que o agente incida em erro sobre requisitos objetivos do tipo penal, não tendo consciência de que realmente esteja omitindo informação do órgão competente, ao desconhecerem, em tese, a obrigação de declarar capitais internacionais ao BACEN. E que, não seria aceitável a tese trazida pela defesa, isso porque a conduta veio se perpetrando por vários anos.

Decidindo evidentemente contrário às provas colhidas nos autos, nos parece que erra o TRF ao reformar a decisão do Magistrado *a quo*, isso porque os acusados em seu interrogatório foram categóricos ao afirmar que não tinham conhecimento de que precisavam declarar o valor para o fisco como se extraí de seus interrogatórios:

Juiz Federal Substituto: - Não? E por quê que a senhora não declarou?

Interrogada (1): - Eu não ...

Juiz Federal Substituto: - A senhora tinha conhecimento? Não tinha?

Interrogada (1): - Não tinha conhecimento.

E ainda:

Juiz Federal Substituto: - O senhor chegou a submeter à tributação esses recursos?

Interrogado (2): - Naquela época não, quando eu soube que era necessário daí eu comecei, acho que nas últimas quatro ou cinco declarações de imposto de renda minha, essa consta... essa conta consta na declaração.

Nos parece equivocada a decisão tomada pela Colenda 7º Câmara do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e acertada a do Magistrado de primeiro grau, ele identificou, no caso em tela, erro de tipo e não erro de proibição. Como tratado ao longo da pesquisa, acerca das normas penais em branco, o conhecimento do tipo por parte do agente exige uma leitura conjunta dos elementos que se encontram separados, de modo que se forme um todo.

Para isso, o elemento em branco é acrescido pelo conteúdo de uma norma de remissão. Às leis penais em branco, complementadas desse modo, aplicam-se os critérios gerais da matéria do dolo e do erro: o dolo do autor deve abranger todas as circunstâncias de fato, tanto do tipo penal em branco como da norma de complemento sob risco de incidir em erro de tipo, isso porque não pode se determinar com base em todas as circunstâncias do tipo.

5.4.1.2 Uma Análise do erro de proibição e norma penal em branco

Aqui a discussão³⁴⁶⁻³⁴⁷ versou sobre recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Isso porque o agente teria mantido depósito no exterior sem a devida declaração, como prevê o art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

A defesa arguiu erro de proibição afirmando que os agentes desconheciam a obrigação de declarar os depósitos no exterior, isso por conta da edição da Circulares nº 3.278/05 e 3.313/06, que deixaram de exigir a declaração de valores depositados no exterior, desde o que o valor fosse inferior a cem mil dólares.

Aduz o Tribunal Regional Federal que:

(...) A superveniência das Circulares no 3.278/05 e 3.313/06, expedidas pelo Banco Central do Brasil, que deixaram de exigir a declaração de valores depositados no exterior em montante inferior a US\$100.000,00 (cem mil dólares norte-americanos), não implicou em abolição criminis relativamente à conduta dos acusados, porquanto a norma penal do artigo 22, parágrafo único, in fine, da Lei nº 7.492/86, constitui norma penal em branco, em relação à qual vige a regra da ultratividade, segundo a máxima do tempus regit actum, no que concerne especificamente às alterações quantitativas das normas regulamentadoras, as quais não retroagem para alcançar fatos

³⁴⁶ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NO EXTERIOR. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. AUSÊNCIA DE DOLO E INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. TESES ABORDADAS SEM A PARTICULARIZAÇÃO DA NORMA VIOLADA. SÚMULA N.º 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. ENORMES QUANTIAS DEPOSITADAS. ACENTUADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. DECISÃO RECORRIDA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.

³⁴⁷ (STJ - AgRg no REsp: 1283839 SP 2011/0038592-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 25/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2013)

que, anteriormente à modificação, amoldavam-se perfeitamente à figura típica. A documentação acostada nos autos dá conta que os apelantes mantiveram, por período considerável, depósitos no exterior, os quais não foram declarados às repartições federais competentes, do que exsurge cristalina a materialidade do delito previsto no artigo 22, parágrafo único, segunda figura, da Lei no 7.492/86, bem assim a autoria delitiva imputada aos acusados. 7. Os agentes agiram com inequívoco intuito de ocultar os depósitos no exterior da esfera de vigilância das repartições federais competentes, tanto é que sequer indicaram tais quantias em suas respectivas declarações de imposto de renda. Disso, resta cristalino que houve omissão dolosa em informar às autoridades competentes da existência dos depósitos no exterior. 8. A conduta dos acusados e as consequências do delito não se revelaram insignificantes, sobretudo ao se considerar o contexto econômico vigente à época dos fatos. 9. Não se verificou, na espécie, erro de proibição, posto que os réus reuniam condições suficientes para entender o caráter ilícito da manutenção de depósitos não declarados no exterior. (...)

Além disso o TRF3 refuta a tese de erro de proibição sob a justificativa de que se presume que sujeitos que ocupavam cargos da alta administração de uma empresa que atua no setor de importação e exportação, e que contava inclusive com uma *offshore* para a consecução de suas finalidades sociais, devam ter o conhecimento da obrigação de declarar ao Fisco e ao BACEN, a existência dos depósitos que mantinham no exterior.

Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o caso concreto, afastou a incidência do erro de proibição pelo fato de os agentes ocuparem cargos onde há o dever de se informar ou de conhecer normas extrapenais para o devido exercício de suas funções na empresa. Esses deveres são decorrentes dos cargos da alta administração de uma empresa de importação e exportação.

Neste caso a condenação pelo Tribunal Regional Federal não parece razoável. Muito embora tivessem os agentes ocupando um cargo onde se presume um conhecimento técnico diferenciado, ou até mesmo o dever de se informar, ficou evidente no decorrer no processo que havia dúvida por parte dos agentes na prática de sua conduta e quando há dúvida não pode haver presunção de conhecimento. Portanto, deveria ter o Tribunal Regional Federal reconhecido o erro de proibição.

No que diz respeito às leis penais em branco conclui-se que: **i.** quando o agente erra sobre circunstâncias de fato da norma integradora, incide em erro de tipo; **ii.** quando a lei em branco é integrada mediante uma disposição individual concreta, e há um erro sobre esta, configura-se erro de tipo; **iii.** quando o erro é sobre a existência da norma integradora pode haver erro de tipo ou de proibição, se o erro for consoante as hipóteses em que da regulação positiva se depreenda que a

própria existência da norma seja um elemento do tipo estaremos diante de erro de tipo, se não, é erro de proibição.

5.4.2 Elementos Normativos

Os tipos penais que apresentam elementos normativos dirigem ao dolo do agente uma exigência, na medida em que consciência e vontade – elementos cognitivo e volitivo do dolo – devem abranger igualmente o conteúdo dos elementos normativos.

Já André Vinicius de Almeida assegura que muito embora no Direito Penal tradicional os elementos descritivos predominam, em quantidade, sobre os elementos normativos e igualmente sobre os elementos de valoração global do fato, o mesmo não se pode perceber da análise dos tipos penais constantes no rol do Direito Penal Econômico.³⁴⁸

Analisando o conteúdo da Lei nº 7.492/86, verifica-se que os elementos descritivos ocupam um espaço reduzido em relação aos elementos normativos jurídicos: artigo 8º: "juro, comissão, remuneração, operação de crédito, administração de fundo mútuo"; artigo 9º: "fiscalização, investidor, títulos os valores imobiliários"; artigo 10: "demonstrativos contábeis, segurado"; artigo 14: "liquidação extrajudicial, falência, declaração de crédito, título falso ou simulado"; bem como elementos de valoração global do fato; artigo 16: "sem a devida autorização".

Também é assim na Lei nº 8.137/90, onde se vê a grande quantidade elementos normativos jurídicos: artigo 1º: "tributo, contribuição social, autoridades fazendárias, fiscalização tributária, nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, operação tributária".

Evidencia ainda o autor, que os tipos penais que contém elementos normativos, sugerem ao dolo do agente uma outra exigência, uma vez que consciência e vontade – elementos cognitivos e volitivos do dolo - devem abranger

³⁴⁸ ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 94.

igualmente o conteúdo dos referidos elementos, o que não ocorre com relação aos elementos descritivos.³⁴⁹

Portanto, se o sujeito erra sobre um elemento normativo, relativo ao dolo, referido na descrição da conduta ordenada ou proibida, se por uma falsa percepção da realidade, deve incidir em erro de tipo.

5.4.2.1 Valoração Global do Fato

A dificuldade maior se vê quando estamos diante da análise de elementos de valoração global do fato ou elementos normativos referidos à ilicitude, isso porque, ainda há controvérsia quanto a sua natureza. Para alguns, constitui-se erro de tipo, porque nele se localiza e deve ser abrangido pelo dolo; para outros, caracteriza-se erro de proibição, porque aqueles elementos tratam exatamente do que é antijuridicidade da conduta.³⁵⁰

Diante disso, Claus Roxin³⁵¹ e Miguel Díaz y García Conlledo³⁵² traçam uma importante distinção entre o erro que vai incidir sobre os pressupostos materiais, que acabam refletidos no tipo penal por meio desses elementos de valoração global do fato – erro de tipo –, daquele que recai sobre a própria valoração jurídica – erro de proibição –, apontando ainda para o fato de que, dentre os elementos de valoração global do fato, existem alguns que não podem ser divididos.

Em tipos penais com elementos de valoração global do fato todas as circunstâncias materiais relevantes para caracterizar a antijuridicidade, incluindo a falta dos requisitos da causa de justificação, são elementos de um tipo global e somente uma valoração definitiva deve justificar a caracterização dessa antijuridicidade,³⁵³ o que é justamente o caso da pretensão tributária.

³⁴⁹ ALMEIDA, André Vinícius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 94.

³⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro jurídico penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 62.

³⁵¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte general – Tomo I – Fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014. p. 464.

³⁵² CONLLEDO, Miguel Díaz y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid. La Ley. Gráficas Muriel, 2008. p.109.

³⁵³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte general – Tomo I – Fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014. p. 301. Tradução Livre.

Isso porque, em casos em que para a compreensão do sentido social da conduta se deva fazer uma valoração jurídica, tal valoração pertence ao dolo quando seja praticamente idêntica ao juízo de antijuridicidade, como quando o erro sobre a existência de uma dívida tributária exclui o dolo de um delito de fraude fiscal. Isso porque o dolo do sujeito que crê não dever impostos algum não abarca sequer a esfera do profano a fim de causar um prejuízo ao fisco, que é exatamente a figura da fraude fiscal.

Por esses motivos justifica-se diferenciar, nesses casos, elementos de valoração global de direito divisíveis de não divisíveis. O reconhecimento da existência de elementos de valoração global não divisíveis conduz a concluir que dificilmente seria possível a incidência do erro de proibição, por exemplo: o conhecimento da dívida tributária, implica necessariamente no conhecimento da antijuridicidade daquele que não cumpre com as suas obrigações.³⁵⁴

Logo, não há como ser reconhecido o erro de proibição em detrimento do erro de tipo, a própria valoração global do fato, isto é, o desvalor acerca da antijuridicidade, pertence ao dolo.³⁵⁵

Essa é também a explicação encontrada em Martínez-Bujan Pérez, que defende que sobre os elementos de valoração global do fato não seria mais possível considerar que o erro sobre os pressupostos materiais de juízo sobre a antijuridicidade é erro de tipo e o erro sobre a própria valoração é erro de proibição, na medida em que não seria possível separar entre aqueles pressupostos e o próprio juízo, concluindo que o erro tem o condão de excluir o dolo quando o sujeito não conheça o elemento normativo em seu sentido material autêntico, e que, conseqüentemente, seja impossibilitado de compreender os pressupostos mesmo de proibição, e portanto incidirá em erro de tipo.³⁵⁶

Divergente é o posicionamento de Flávio Antônio da Cruz que defende que a distinção entre erro de tipo e erro de proibição nos elementos de valoração global do fato divisíveis, sob o fundamento de que se deve diferenciar o substrato da

³⁵⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – Parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014. p. 465-467.

³⁵⁵ ALMEIDA, André Vinícius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 108.

³⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico: Parte general**. Valencia: Tirant lo blach, 1998. p. 186-187. "entiende que el error excluirá el dolo cuando el sujeto no conozca el elemento normativo en su <<sentido o significado material autêntico>> y que, conseqüentemente, al imposibilitarse en tal caso la comprensión de los presupuestos mismo de la prohibición, constituirá un error sobre el tipo." Tradução Livre.

valoração e a valoração do substrato. Um erro sobre os pressupostos materiais da conduta proibida seria um erro de tipo, enquanto que sobre a valoração antijurídica seria um erro de proibição.³⁵⁷

Ainda nesse contexto, Francisco Muñoz Conde traz argumentos dogmáticos e políticos criminais afirmando que o dever tributário seria ao mesmo tempo elemento do tipo e também da antijuridicidade e, portanto, o erro sobre o mesmo pode ser tanto erro de tipo quanto erro de proibição.³⁵⁸

Contudo, essa conclusão leva à necessidade de se analisar sistematicamente o caráter sequencial da teoria tripartida do delito, não se devendo esperar para excluir no âmbito da culpabilidade – erro de proibição – o que já pode ser excluído no âmbito da tipicidade – erro de tipo.

Com efeito, uma vez que para o dolo não basta apenas o conhecimento científico dos fatos, mas o conhecimento do seu significado social, toda vez que este conhecimento só puder ser obtido com o conhecimento da desvalorização, esta constituirá o tipo de injusto, independentemente de ser praticamente idêntica ao juízo da antijuridicidade.

Portanto, é possível aceitar que nos elementos de valoração global do fato divisíveis, se o erro incidir exclusivamente sobre o juízo da antijuridicidade da ação típica (não sobre a constatação de um estado de coisas relevantes para o juízo de antijuridicidade) estamos diante de um erro de proibição, ainda quando se refira a uma circunstância do fato que, sob a aparência de um elemento individual, incluía em si o juízo da antijuridicidade como tal (erro sobre a valoração). e outro modo, se o erro sobre a reprovabilidade afeta não à valoração global do fato, mas a um estado de coisas relevante para o juízo da antijuridicidade tem-se erro de tipo (erro sobre o substrato da valoração).

Com relação aos elementos de valoração global do fato indivisíveis, um erro sobre eles incidente constitui um erro de tipo, pois a ausência de representação ou equivocada representação sobre eles atinge o conhecimento do significado social da conduta.³⁵⁹

³⁵⁷ CRUZ, Flávio Antônio da. **O Tratamento do erro em um Direito Penal de bases democráticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 102.

³⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Madrid: Tirant lo blanch, 2000. p. 106.

³⁵⁹ Roxin p. 465

5.4.2.2 Erro De Tipo Nos Elementos Normativos

A discussão^{360,361} do presente julgado enveredou em torno do artigo 334, letras “b” e “c”, (atuais III e IV), que afirma ser crime: vender, expor à venda, manter em depósito ou, de qualquer forma, utilizar em proveito próprio ou alheio, no exercício de sua atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem e ainda, quem adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou de terceiro, no exercício da atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

O elemento normativo, no caso concreto, foi o fato do comerciante ter sido flagrado em seu estabelecimento com máquinas caça-níqueis "de procedência estrangeira".

O juiz singular, ao decidir, absolveu o réu por ausência de Dolo, elemento subjetivo do tipo penal, na medida em que o mesmo desconhecia a origem estrangeira dos elementos internos que compõem máquinas de caça-níqueis.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em recurso, cassou a decisão de absolvição e determinou a continuidade do Sursis processual nos moldes homologados inicialmente pelo juízo de 1º Grau, nos seguintes termos: [...] O MM. Magistrado sentenciante absolveu o réu, pois concluiu pela atipicidade da conduta – **erro de tipo** – , na medida em que seria necessária a demonstração de que o

³⁶⁰ RECURSO ESPECIAL Nº 1.312.489 - RJ (2012/0051617-4) RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR RECORRENTE: JANILSON RAMALHETE DE SOUZA ADVOGADO: TERESA DA SILVA MOREIRA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. CONTRABANDO. CAÇA-NÍQUEIS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ACEITAÇÃO. DECISÃO PRÊMATURA DO JUÍZO SINGULAR. ABSOLVIÇÃO. ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VERIFICAÇÃO DO DOLO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ANULAÇÃO. LEGALIDADE. PROSSEGUIMENTO DO SURSIS PROCESSUAL. DECISUM EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA.

³⁶¹ (TRF-2 - APR: 200850010129656, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 11/05/2010, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 18/05/2010)

acusado, dono do estabelecimento onde as máquinas foram encontradas, soubesse da procedência estrangeira de componentes das mercadorias proibidas. Com a presente apelação criminal, busca o Ministério Público Federal a reforma da sentença, dando-se continuidade à instrução processual, ao argumento de que restaram comprovadas tanto a materialidade como a autoria do crime, pois, além **dos elementos normativos**, o tipo penal foi preenchido com o elemento subjetivo de dolo, sendo o agente punível pela modalidade do dolo eventual e genérico.

O STJ, no RESP interposto pela Defensoria Pública, decidiu que: "[...] torna-se imperiosa a absolvição do réu pelo juízo a quo, decisão diversa atentaria contra o próprio devido processo legal, **pois houve erro sobre o elemento constitutivo do tipo penal,** ou seja, como é cediço o art. 20, caput, do Código Penal, prescreve que o **erro sobre elemento constitutivo do tipo penal do crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei, não sendo o caso, todavia, do crime previsto no art. 334, § 1º, "c" e "d" do Código Penal.**

Quanto a atipicidade da conduta: **A denúncia imputou ao acusado a prática de atos cujo dolo exige a consciência de que a mercadoria é estrangeira e que a sua importação é proibida por norma infralegal, portanto, proveniente de importação fraudulenta ou introdução clandestina em território nacional.** Sequer o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal é conclusivo acerca da origem das máquinas, tendo consignado na discriminação das mercadorias "País de Origem / País de Procedência - A designar". Na verdade, a certeza da fiscalização aduaneira quanto à procedência das máquinas ou de seus componentes eletrônicos restou demonstrada em elaborado Relatório Fiscal, que discorre com minúcias acerca da proibição da exploração de jogos de azar e da importação das máquinas ou peças correspondentes. Pelo teor de tal relatório, nota-se que, na verdade, a vedação se dirige à importação dos componentes ("chip" eletrônico e/ou acessórios respectivos) essenciais ao funcionamento das máquinas eletrônicas programadas. **Vale frisar: a proibição da importação das máquinas só faz sentido porque as mesmas estão equipadas com um "chip" (ou peça similar) apto a propiciar o desenvolvimento da atividade ilícita, qual seja, a exploração de jogos de azar. Cuida-se de ciência obviamente inalcançável pelo homem médio, a despeito da opinião externada em relatórios de fiscalização,**

segundo os quais há "notório conhecimento de que o Brasil não produz placas-mãe ou os componentes eletrônicos essenciais para o funcionamento de tais máquinas".

O Superior Tribunal de Justiça rebate os argumentos do Magistrado *a quo* afirmando que:

A rigor, este magistrado revela sua particular ignorância a esse propósito, jamais tendo sabido de fato assim tão notório. E, se a procedência daqueles componentes é insuscetível de percepção pelos Auditores Fiscais da Receita Federal, servidores de experiência recorrente na fiscalização de atividades relacionadas ao comércio exterior, com muito mais razão haverá de ser para o réu. Na esfera penal, é inviável supor que o acusado detivesse esse conhecimento. Esclareço: não se questiona a ciência do agente sobre a proibição concernente a jogos de azar, de fato notória e, possivelmente, objeto de processo por contravenção penal perante a Justiça Estadual. O que está em pauta é a ciência acerca da origem estrangeira dos objetos apreendidos, eis que se trata de elemento constitutivo do tipo penal imputado no presente feito (CP, art. 334, §1º, "c" e "d"). Para a efetiva caracterização da conduta típica, seria necessária a demonstração de que o réu, dono do bar onde as máquinas foram encontradas, soubesse da procedência estrangeira das mercadorias e da proibição de sua importação, e mesmo assim as recebesse, mantivesse em depósito ou utilizasse, tal qual descrito na denúncia. Portanto, configurado está o erro de tipo. Se o agente desconhece que a mercadoria é estrangeira, não se pode cogitar da prática dolosa de qualquer das condutas denunciadas, ainda que demonstrada a falta de documentação legal que acompanhasse as máquinas. Isso porque o dolo é abrangente e requer a ciência plena dos elementos descritos na figura típica. Considerando que o erro de tipo exclui o dolo e que as condutas criminosas imputadas não podem ser praticadas a título culposo, concluo pela atipicidade da conduta(...)

Correta a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça ao absolver o agente pela caracterização do erro de tipo, verificou-se com o caderno probatório que o agente não detinha o conhecimento que a mercadoria que ele possuía era de procedência estrangeira e sua importação era proibida, além disso, nem se poderia presumir que o agente deveria saber disso. Como já vislumbrado nos capítulos anteriores, o erro, quanto a elemento normativo do tipo, constitui erro de tipo. Para a existência de dolo, é necessário ao sujeito ativo o domínio de todos os elementos de fato que circundam a atividade típica, sob pena de ter sua vontade viciada. O desconhecimento da norma de complemento constitui erro de tipo, o que por consequência, exclui o dolo.

5.4.2.3 Erro De Proibição Nos Elementos Normativos

A discussão^{362,363} no próximo caso girou em torno do artigo 22, da lei 7.492/86 que dispõe sobre o crime de efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país ou quem promove sem autorização a saída de moeda ou divisa para o exterior ou quem não declara à repartição federal os depósitos que mantém no exterior.

O elemento normativo no presente artigo é o termo "divisas" cujo o significado está associado às disponibilidades que um país possui em moedas estrangeiras obtidas a partir de um negócio que lhe confere origem, tais como: exportação, empréstimo, investimento, saldos de agências bancárias no exterior, etc.

O caso foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, onde o agente – um alemão, com residência na Alemanha – fora denunciado pelo crime de evasão de divisas, por tentar deixar o país com uma quantia em dólar adquirida de maneira lícita, mas superior ao previsto na legislação pátria sem a prestação da Declaração de portes e valores.

O Ministério Público Federal afirmou que a materialidade e a autoria restaram incontroversas, tendo em vista a juntada do auto de apresentação e apreensão, entretanto, não atentou para a hipótese do agente desconhecer a proibição da sua conduta.

A defesa impetrou um Habeas Corpus afirmando que não há dúvidas de que a conduta imputada ao agente, consistente em tentar deixar o país portando moeda estrangeira, sem a prestação de DPV, em montante superior ao previsto na legislação de regência, constitui em tese o crime de evasão de divisas, contudo, o fato do agente ser alemão o impossibilitava de compreender da ilicitude da sua conduta.

³⁶² HABEAS CORPUS. **EVASÃO DE DIVISAS. SONEGAÇÃO FISCAL. - Paciente alemão residente na Alemanha, portando dólares de origem lícita em bagagem de mão ao embarcar para seu país, não comete crime de evasão de divisas, se não adquiriu a moeda do governo brasileiro. Constituição** Federal, artigo 5º, XV. Não se pode imputar crime de sonegação fiscal, antes de decisão da autoridade fiscal competente, impondo o tributo. - Habeas corpus deferido.

³⁶³ (TRF-2 - HC: 2548 2001.02.01.033137-2, Relator: Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ, Data de Julgamento: 11/12/2001, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data: 11/07/2002)

A discussão no julgamento do mérito do Habeas Corpus girou em torno da evitabilidade e inevitabilidade do erro.

Assim se posicionou o TRF-2:

Tem por escusável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando não lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esse conhecimento.

Cuidam os autos do crime de evasão de divisas, tema adstrito ao Direito Penal Econômico que, excluídas aquelas pessoas habituadas a lidar com o mercado financeiro em geral, as demais, integrantes do corpo social, têm dificuldade em internalizar as regras de comportamento que lhes são impingidas, aliada a circunstância de se tratar de estrangeiro não habituado a lidar com esse ramo específico.

Caracterizado o erro de proibição escusável, não merece reprovação a conduta perpetrada.

Verifica-se que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, neste caso, concluiu acertadamente quando mencionou que o agente encontrava-se sob o manto do erro de proibição inevitável ou desculpável, afastando a culpabilidade do agente, o que por consequência exclui o crime. Não se poderia se exigir do agente, estrangeiro, que não está habituado a lidar com esse ramo específico, saber que sua conduta era ilícita.

Portanto, quanto aos elementos normativos, quando o agente não consegue representar o sentido ou significado material dos elementos do tipo, presentes na situação de fato, atua em erro de tipo. Até mesmo quando se tratar de um elemento normativo que não seja de comum apreensão social, é necessário ao agente a compreensão do sentido técnico específico, o que, se não ocorrer, dá espaço ao erro de tipo. Porém, se o agente conhece todo o estado de coisas a que se refere o tipo, incluindo aí todas as circunstâncias que são relevantes para o juízo de antijuridicidade mas realiza um juízo equivocado sobre a proibição de sua conduta, incide em erro de proibição, invencível ou vencível.

5.4.3 Tipo Penal Aberto

Hans-Heinrich Jescheck defende que o tipo, no sentido de classe de injusto, tão somente pode ser concebido como um tipo fechado, pois, de outra forma, lhe

faltaria precisamente a característica própria do *typus*. É dizer, o autor afirma que o tipo penal deve conter todos os elementos que são aptos a configurar o conteúdo do injusto de uma classe de delito, e que a antijuricidade só pode ser formulada negativamente, no sentido de exclusão mediante as causas de justificação.³⁶⁴

Nesse caso, o injusto só se fundamenta quando considerado reprovável, a ameaça de um mal para o fim perseguido. Logo, todas as circunstâncias que fundamentam o juízo de reprovabilidade devem ser consideradas como circunstâncias de fato, que complementem o fragmento do tipo previsto no art. 240. No caso de que essas circunstâncias devam ser elaboradas pela jurisprudência e pela doutrina, fazendo uso de critérios normativos de reprovabilidade, não as transformam em elementos da antijuricidade. Desde Mayer está claro que as circunstâncias normativas, muito embora façam referência a um juízo de desvalor jurídico, são elementos do tipo.³⁶⁵

Deve-se partir da premissa que tipos abertos não são uma categoria muito presente na dogmática penal, e portanto, torna-se imperiosa uma análise da tipologia do tipo penal aberto. Podemos afirmar que todo delito culposo é também um erro de tipo – vencível. Ora, evidente, isso porque quando da prática de um crime culposo temos o preenchimento dos elementos objetivos do tipo (TO) mas não temos completado os elementos do tipo subjetivo (TS), sem dolo.³⁶⁶

Com isso, nota-se que o legislador decidiu punir aquelas situações onde o sujeito quebrou com o seu dever de cuidado ao praticar um erro de tipo vencível, por consequência, toda vez que houver previsto em lei uma forma culposa, há também inserido um erro de tipo vencível.

Em outras palavras, no erro de tipo invencível não há dolo, mas a tipicidade objetiva persiste, assim, o erro de tipo leva a atipicidade não por falta de tipo objetivo, mas sim pela carência do tipo subjetivo.³⁶⁷

³⁶⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. 4. ed. completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 223.

³⁶⁵ ROXIN, Claus. **Tratado de derecho penal: tomo general**. Traducción de la 2. ed. alemana por Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p.298-300. Tradução Livre. (96)

³⁶⁶ JAKOBS, Günter; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Del Rey, 2009.

³⁶⁷ Luisi, Luiz. O Tipo Penal, a teoria finalista e anova legislação penal. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 112.

5.4.3.1 Erro De Tipo Nos Tipos Penais Abertos

Neste caso, a controvérsia^{368,369} girou em torno do artigo 180, "caput" e sua desclassificação para o § 3º, do Código Penal que prescreve que é crime adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso.

Trata-se de uma apelação criminal julgada pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

A Colenda Turma decidiu por desclassificar o delito para modalidade culposa tendo em vista não haver prova da presença de dolo na conduta do apelante, porque em audiência de instrução e julgamento, na colheita do interrogatório, o acusado admitiu ter adquirido um veículo após ter visto anúncios em jornal mas que não sabia que o veículo era derivado de crime e ainda disse que *que não estranhou esse baixo valor porque os carros eram financiados, embora negue ter assumido os contratos de financiamento* e ainda relatou que nem procurou saber dos contratos de financiamento porque a intenção não era pagar essas dívidas, mas sim colocar os carros para transportar.

Neste sentido, deve-se observar que, caso o acusado de fato tivesse a consciência plena de que os veículos em questão eram produto de crime - o que não se mostra suficientemente comprovado no caso em tela -, certamente não diligenciaria junto à autoridade policial para comunicar o roubo.

Entretanto, o Tribunal entendeu que bens deviam presumir-se obtidos por meio criminoso e considerou no caso culpa, na modalidade imprudência.

³⁶⁸ PENAL E PROCESSO PENAL. ARTIGO 180, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA NÃO COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. ARTIGO 311 DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 304, C/C ARTIGO 297, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CIÊNCIA DA FALSIDADE COMPROVADA. FALSIFICAÇÃO DE SELO OU SINAL PÚBLICO TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33, CAPUT, C/C ARTIGO 40, INCISO I, AMBOS DA LEI 11.343/2006. CONTRABANDO. ARTIGO 334-A DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA. ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 231 DO STJ. MINORANTE DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E CONTRABANDO. FALSIFICAÇÃO DE SELO OU SINAL PÚBLICO. USO DE DOCUMENTO FALSO.

³⁶⁹ (TRF-4 - ACR: 50057309520144047006 PR 5005730-95.2014.404.7006, Relator: VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Data de Julgamento: 30/09/2015, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 21/10/2015)

Com isso, nota-se que o erro de tipo vencível ficou evidentemente caracterizado por parte do agente, mas, porque previsto em lei, foi permitida a sua punição pela receptação na sua modalidade culposa.

5.4.3.2 Erro de proibição e tipos penais abertos

A próxima análise³⁷⁰ diz respeito à remissão a tipo penal aberto e erro de proibição.

O presente julgado versa sobre o delito previsto no art. 4º, parágrafo único da Lei nº 7.492/86 que aduz ser crime gerir temerariamente instituição financeira. Isso porque o acusado teria se valendo do cargo que exercia autorizando concessão irregular de diversas transações aos outros denunciados, correntias da instituição financeira tais como aumento de crédito sem o devido tramite interno.

A defesa alegou erro de proibição, isso porque o acusado acreditava que estava atuando dentro da sua absoluta normalidade com convicção de que seus atos não eram proibidos pela ordem normativa.

Entretanto o Tribunal Regional Federal, com base no interrogatório do mesmo refutou a incidência do erro de proibição tendo em vista o acusado ter afirmado que sabia que em tese seus atos deveriam passar pelo crivo de uma comissão de crédito mas que, por ausência de nomeação da referida comissão poderia ele deferir o pleito de aumento de crédito.

O termo “temerariamente” a que faz referencia o artigo denota uma imprecisão típica. O agente no caso concreto sabia da sua proibição em liberar o crédito sem a participação da comissão que autorizava a liberação do dinheiro mas, mesmo diante dessa situação optou por realizar a transação.

O Tribunal Regional Federal declarou estar caracterizada pela conduta abusiva do agente a hipótese do delito e afastou, justamente por ele ter conhecimento da ilicitude do seu ato a hipótese trazida pela defesa de erro de proibição. Assim,

³⁷⁰ (TRF-4 - ACR: 26464 PR 2003.04.01.026464-5, Relator: TADAAQUI HIROSE, Data de Julgamento: 13/12/2005, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: DJ 25/01/2006 PÁGINA: 434)

conclui-se correta a hipótese de configuração do delito de gestão temerária por parte do Tribunal.

Entretanto, se nesse mesmo caso em específico o agente desconhecesse que a necessidade da aprovação do crédito deveria passar sob o crivo de uma comissão interna da instituição financeira teria ele incidido em erro de proibição.

5.4.4 Remissão à ato concreto da administração

A incidência do erro, no que diz respeito à atos concretos da administração pública, muito se assemelha ao erro quanto aos elementos normativos do tipo. Isso porque, quando há remissão a essa técnica de reenvio não existe um branco a ser preenchido por um ato administrativo, e sim a utilização de um termo, que para uma melhor compreensão, implica na consulta ao direito administrativo, como por exemplo o artigo 39, da lei 9.605/98, o termo "floresta de preservação permanente", está definido nos artigos 2º e 3º do Código Florestal.

Se continuarmos adotando a proposta de reduzir a incidência do erro de proibição, como sugerido pela doutrina estrangeira no campo do direito penal econômico, se o sujeito, ao desconhecer o caráter elementar da norma, como no caso de devastação de área de preservação permanente, incidirá em erro de tipo invencível.

5.4.4.1 Erro de Tipo e Ato Concreto da Administração Pública

Neste julgado³⁷¹⁻³⁷², a discussão girou em torno do art. 39 da lei 9.605/98, a qual prescreve ser crime cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem a permissão da autoridade competente.

³⁷¹ **APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL (ART. 39, LEI 9.605/98). PLEITO ABSOLUTÓRIO. ERRO DE TIPO. ACOLHIMENTO. IGNORÂNCIA DOS ACUSADOS QUANTO A ELEMENTAR "FLORESTA CONSIDERADA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE". DOLO INEXISTENTE. ABSOLVIÇÃO. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO E AMEAÇA. MATERIALIDADES E AUTORIAS**

O ato concreto da administração pública na qual a norma faz remissão é justamente a área ser floresta de preservação permanente.

No caso em comento dois agentes teriam cortado e furtado várias árvores das espécies sucupira, espinheiro, pitiá e pau d'arco.

Em primeiro grau, o Magistrado julgou procedente a pretensão punitiva e condenou os acusados.

A defesa apelou ao Tribunal arguindo que os acusados não tinham conhecimento de que as árvores encontravam-se em área de preservação ambiental

Na análise do recurso pelo Tribunal de Justiça restou decidido, absolver os agentes do delito previsto no artigo 39 da lei. 9.605/98 sob o fundamento de que eles tinham total ignorância de que a área de onde cortaram as árvores era de preservação permanente, circunstância desconhecida até mesmo pelos agentes de investigação que atuam naquela circunscrição e também pelo proprietário da área.

O relator afirmou que: "*No presente caso, o erro de tipo recai na elementar "árvore em floresta considerada de preservação permanente", pois se colhe das provas que os acusados possuíam total ignorância de que a área de onde foram cortadas as árvores era de preservação permanente.*"

Concluindo então que havia sido configurado a incidência do instituto do erro de tipo impondo-se a absolvição dos agentes, por inexistência de dolo em suas condutas, bem como por não haver previsão, para o caso, de tipo culposos.

Correta a decisão do Tribunal de Justiça que determinou a absolvição dos agentes pelo reconhecimento do erro de tipo. Isso se deu porque o sujeito que não consegue compreender, ou desconhece o caráter elementar da norma, atua em erro de tipo.

Verificou-se no caso concreto que os agentes não tinham o conhecimento de que se tratava de "*árvore em floresta considerada de preservação permanente*", ou seja, não houve, no momento da conduta, uma compreensão do injusto, o que é suficiente para afastar o dolo da conduta dos agentes.

COMPROVADAS. CRIME DE DESACATO. ESTADO COLÉRICO DO AGENTE. IRRELEVÂNCIA. CONDENAÇÕES MANTIDAS. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

³⁷² (TJ-PB APC 001.2006.000637-4/001, Relator: LEÔNICIO TEIXEIRA CÂMARA, Data de Julgamento: 13/05/2008, Data de Publicação: DJ 15/06/2008)

5.4.4.2 Erro de Proibição e Ato Concreto da Administração Pública

Aqui, a discussão³⁷³⁻³⁷⁴ girou em torno da conduta consubstanciada no artigo 46, § único, da Lei nº 9.605/98, que prevê que é crime vender, expor à venda, ter em depósito, transportar ou guardar madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente, isso porque o autor possuía em depósito, para fins comerciais, 600 ripas de palmito juçara, espécie nativa da flora brasileira, sem licença válida para o armazenamento, outorgada por autoridade competente.

A defesa arguiu erro de proibição mas a Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais do Rio Grande do Sul, afastou a incidência do referido instituto afirmando que o agente era o responsável desempenhado para o recebimento dos produtos trazidos ao depósito, cabendo-lhe, portanto, conferir a procedência do produto a ser beneficiado.

E ainda, que o agente deveria ter exigido a comprovação da origem da matéria-prima que iria utilizar nos termos da Instrução Normativa nº 5, de 25 de outubro de 1999.

Assim dispõe o artigo 7º de tal regramento administrativo:

Art. 7º - A Indústria que venha a se abastecer com matéria-prima oriunda de terceiros, deve apresentar contrato entre as partes, contendo, além das disposições usuais, obrigatoriamente as referências de identificação da origem legal (Autorização de Exploração fornecida pelo órgão ambiental competente ou Declaração de Venda de Produtos Florestais - DVPF) e volume anual contratado.

Parágrafo único - No caso do fornecedor da indústria ser:

- a) extrator/fornecedor de palmito nativo, deverá estar registrado no IBAMA, na categoria prevista na Portaria 113/97;
- b) produtor/silvicultor de palmito oriundo de plantios de espécies exóticas, deverá estar registrado no IBAMA, na categoria prevista na Portaria 113/97.

³⁷³ CRIMES AMBIENTAIS. ART 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.605/98. AQUISIÇÃO E DEPÓSITO DE PALMEIRA NATIVA SEM A LICENÇA DO ÓRGÃO AMBIENTAL RESPONSÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDIMENSIONADA. Inaplicável o princípio da insignificância no caso, pois em sede de Direito Ambiental deve prevalecer o princípio da prevenção de modo a evitar que pequenos danos reiterados causem danos severos, pois se trata de bem de interesse difuso. Delito ambiental que restou suficientemente comprovado, tanto pela prova oral, quanto documental. Excludente de erro de proibição afastada. Readequação da pena.

³⁷⁴ (TJ-RS - RC: 71003148848 RS, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Data de Julgamento: 04/07/2011, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/07/2011)

Restou comprovado nos autos que o agente não tinha instrução completa e mal sabia escrever seu nome, levando-se em consideração a leitura neste trabalho, de que o erro que recai sobre elementos normativos ou sobre uma normativa extrapenal é erro de tipo, de acordo com a moderna doutrina, conclui-se que a tese de defesa deveria ser baseada no erro de tipo, uma vez que o agente desconhecia da instrução normativa nº 5, e não erro de proibição.

Portanto, no que concerne à remissão aos atos concretos da administração pública, quando o sujeito não consegue compreender ou desconhece o caráter elementar da norma, incide em erro de tipo. Ao contrário, se consegue compreender o caráter ilícito de sua conduta, mesmo sem o complemento, incide em erro de proibição, vencível ou invencível, conforme o caso.

5.5 CONCLUSÃO

Hans-Heinrich Jescheck pontua que a norma proibitiva se tornaria obscura e incompreensível caso a cominação legal não fizesse referência a um comportamento descrito em concreto.³⁷⁵ Assim, se o agente não tem a perfeita consciência, resta impossibilitada a formação de seu dolo, então, quando o erro recai sobre elementos objetivos descritivos, se elementares da descrição, é erro de tipo.³⁷⁶⁻³⁷⁷

Evidente que, para identificar em que espécie de erro se recai, deve se observar os elementos do tipo que integram a própria circunscrição da conduta proibida ou ordenada, elabora-se uma espécie de função motivadora geral do tipo

³⁷⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. 4. ed. completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 278.

³⁷⁶ ALMEIDA, André Vinícius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 103.

³⁷⁷ Essa também é a posição de PIERANGELI, José Henrique. A culpabilidade e o novo Código Penal. In: **Escritos Jurídico-Penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 178; LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987. p. 116; TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 126; BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Da consciência da ilicitude no Direito Penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 81; e também de PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: Parte Geral. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 164.

penal que servirá para indicar aos cidadãos o que é ou não permitido, mediante uma cominação de pena, almejando comportamento conforme ao direito.³⁷⁸

Portanto, estaríamos aqui diante de hipóteses de erro de tipo quando o sujeito erra sobre elementos descritivos, normativos ou até mesmo que complementam uma lei penal em branco.

Em casos de incidência sobre os elementos normativos do tipo, sobre o substrato objetivo dos elementos de valoração global do fato, ou ainda sobre um complemento da lei penal em branco, o erro confere ao agente a plena consciência, e por consequência, vicia a sua vontade, produzindo uma "defecção da consciência", que acaba por excluir o dolo.³⁷⁹

Isso porque, na medida em que se renuncia a clareza na elaboração de um tipo penal, os elementos de valoração global do fato demonstram a impossibilidade de, uma vez aperfeiçoado o juízo de tipicidade, restar espaço para situações justificantes ou exculpantes.

Diante dessas situações, a atividade interpretativa não deve perscrutar o caminho trifásico – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade –, já que cabe ao intérprete valorar globalmente o fato que lhe é apresentado.³⁸⁰

Revelou-se inadequada a proposta de trazer para o campo do Direito Penal Econômico a aplicação da teoria do dolo, isso porque o próprio ordenamento brasileiro vigente adota expressamente o uso da teoria da culpabilidade.

A solução trazida pela doutrina de outorgar uma maior prevalência ao instituto do erro de tipo em face ao instituto do erro de proibição nas matérias econômicas demonstrou-se dogmaticamente adequada e compatível com a legislação pátria em vigor, sendo que esse tratamento decorre da própria teoria do crime, e não somente, de determinada opção de política criminal.

³⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 118.

³⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 24.

³⁸⁰ ALMEIDA, André Vinícius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 97.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a migração da teoria do dolo para a teoria da culpabilidade, imaginava-se que ela possuiria uma vigência geral, oferecendo resultados satisfatórios a respeito de todo o ordenamento penal.

Entretanto, parte da doutrina se afasta desses postulados no que diz respeito ao Direito Penal Econômico. Alguns autores propõem a aplicação da teoria do dolo no tangente aos erros de proibição que verificam no âmbito penal econômico. O motivo defendido por eles seria de que já que essas normas não possuem um correlato ponto com uma norma moral que goza de reconhecimento social, a informação de que o autor dispõe a partir do conhecimento das circunstâncias de fato não seria suficiente para omitir sua conduta.³⁸¹ Outros autores suavizam os efeitos dessa teoria, outorgando uma margem ampla de atuação e da inevitabilidade do erro de proibição, chegando ao extremo de considerar que todos os erros, nesse contexto, seriam inevitáveis.³⁸²

Na Espanha, destaca-se a proposta de *lege ferenda* de CEREZO MIR, propondo-se uma regulação específica do erro de proibição no âmbito do direito penal econômico, obrigando a atenuar a pena de um a dois terços quando o erro for vencível, e a eximir de responsabilidade quando for dificilmente evitável.³⁸³

Nesse diapasão, Nieto Martín ainda diz que seria necessário considerar a profissão do sujeito para determinar a vencibilidade do erro, no que esse autor chama de delitos artificiais, sendo considerados invencíveis aqueles erros que incorrem os profanos que atuam ocasionalmente em campos penais muito específicos, salvo nos casos de conhecimento da antijuridicidade.³⁸⁴

³⁸¹ LÓPEZ, Tório. **El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal**. Indicaciones de política legislativa sobre la Teoría de la culpabilidad, en La reforma penal y penitenciaria, 1980. p. 256. A autora ainda faz referência a LANGE (crf. sólo Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, en JZ. 1956. p. 73.

³⁸² BAJO FERNANDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes; SUÁREZ CONZÁLEZ, Calos. **Manual de Derecho penal. Parte especial (delitos patrimoniales y económicos)**. 2. ed. Madrid: CERA, 1993. p. 586.

³⁸³ CEREZO MIR, José. **La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios**. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 38, Fasc/Mes 2, p. 277-284, Madrid, 1985. p. 284.

³⁸⁴ MARTIN, Adán Nieto. **El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición**. Barcelona: Atelier Libros, 1999. p. 185.

Isso seria uma correção dos efeitos penais da teoria da culpabilidade.

Outra crítica endereçada à teoria da culpabilidade diz respeito à distinção entre o erro de tipo e erro de proibição.

A respeito dos elementos normativos, é extremamente difícil fazer a distinção entre a valoração paralela na esfera do profano, que se exige para afirmação do dolo do sujeito, da valoração que se identifica como a do conhecimento do caráter antijurídico de uma conduta.

O Tribunal Supremo Alemão reconhece a validade desse critério de delimitação do tema, entretanto utiliza-a como um critério meramente nominal, pois para essa corte bastava o sujeito ter o conhecimento dos fatos que já restava configurado o dolo de sua conduta.

Yamila Fakhouri Gómez constatou que tal entendimento por parte da suprema corte alemã levou grande parte da doutrina a redefinir o objeto do dolo de acordo com critérios que pouco tinham relação com a valoração paralela na esfera do profano, para de certa maneira oferecer uma cobertura teórica ao que vinha sendo aplicado pela corte alemã. Com isso, evidenciou-se uma efetiva redução do objeto do dolo e dos direitos por parte desses autores, os quais suscitaram uma volta à ideia de erro de fato e erro de direito.³⁸⁵

À margem desse entendimento, Díaz y Garcia Conlledo tenta outros caminhos que supõem uma redução do objeto do dolo, ou uma redefinição do critério majoritário da valoração paralela da esfera do profano, afirmando que o dolo somente se definiria na conduta do sujeito com o conhecimento das circunstâncias que fundamentam o injusto.³⁸⁶

A dificuldade de delimitação entre o elemento normativo e a norma penal em branco, aliada à reflexão de que esse fator seria determinante para a definição do

³⁸⁵ Nesse sentido a autora cita Así Darknstadt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, in JuS. 1978. p. 443.; HERBERGER, Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, in Koch (ed.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie. 1976. p.124; KINDHAUSER, Zur Enterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, in GA. 1990. p. 409; DOPSLAFF, Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, in GA. 1987. p. 21; PEREZ MANZANO. El Tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero, in CGPJ (ed) El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria. 1994. p. 242; BURKHARDT. Rechtsirrtum und Wahndelikt-Zugleich Anmerkung zum Beschluss des bayObIG v. 15.10.1980, JZ 1981. p. 688. GÓMEZ, Yamila Fakhouri. Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad – Un modelo para afrontar la problemática del error en derecho penal. InDret. **Revista para el Análisis Del Derecho**. Barcelona. Octubre. 2009. p. 13.

³⁸⁶ DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. **Error sobre elementos normativos del tipo penal**. Buenos Aires, La Ley, 2008. p. 317-378.

objeto do dolo é que justifica a aplicação desses critérios para identificar no caso concreto o erro de tipo ou o erro de proibição.

Com base nessas propostas, nota-se que o tratamento do instituto do erro seria equivalente ao que se tinha nos casos onde predominava a teoria do dolo.³⁸⁷

O que se mostra inviável para aplicação no Brasil como já demonstrado ao longo desta pesquisa.

Pelos motivos expostos, a posição adotada na presente pesquisa por razões político-criminais, e porque não, por critérios dogmáticos, traz como proposta de solução para o erro nos delitos econômicos a de redução do campo de aplicação do erro de proibição e um aumento de incidência do campo do erro de tipo.

Ressalta, por questão político-criminal, que tal proposta decorre da própria análise da teoria do crime, por ser mais favorável ao réu e enquadrando-se à teoria limitada da culpabilidade, por consequência, à legislação brasileira em vigor.

À respeito do erro e as técnicas de reenvio se conclui que:

I. Quanto aos elementos normativos, quando o agente não consegue representar o sentido ou significado material dos elementos do tipo que está presente na situação de fato, atua ele em erro de tipo. Até mesmo quando se tratar de um elemento normativo que não seja de comum apreensão social, é necessário ao agente a compreensão do sentido técnico específico, o que, se não ocorrer, do espaço ao erro de tipo. Agora, quando o agente conhece o estado de coisas a que se refere o tipo, incluindo todas as circunstâncias que são relevantes para o juízo de antijuridicidade mas realiza um juízo equivocado sobre a proibição de sua conduta, atua o agente em erro de proibição, invencível ou vencível.

II. No que diz respeito aos elementos de valoração global do fato divisíveis, se o erro incidir exclusivamente sobre o juízo da antijuridicidade da ação típica (não sobre a constatação de um estado de coisas relevantes para o juízo de antijuridicidade) estamos diante de um erro de proibição, ainda quando se refira a uma circunstância do fato que, sob a aparência de um elemento individual, incluía em si o juízo da antijuridicidade como tal (erro sobre a valoração). e outro modo, se o erro sobe a reprovabilidade afeta não à valoração global do fato, mas a um estado

³⁸⁷ GÓMEZ, Yamila Fakhouri. Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad – Un modelo para afrontar la problemática del error en derecho penal. InDret. **Revista para el Análisis Del Derecho**. Barcelona. Octubre. 2009. p. 16.

de coisas relevante para o juízo da antijuridicidade tem-se erro de tipo (erro sobre o substrato da valoração).

Com relação aos elementos de valoração global do fato indivisíveis, um erro sobre eles incidente constitui um erro de tipo, pois a ausência de representação ou equivocada representação sobre eles atinge o conhecimento do significado social da conduta.

III. Concluímos que o erro que sobre os tipos penais abertos é considerado como erro de proibição aquela conduta do agente que embora conheça todos os pressupostos do tipo, mas por circunstâncias particulares suas, desconhece a proibição do fato. Seria configurada a hipótese de erro de tipo quando faltar ao agente, conhecimento de alguma circunstância para que atua, e portanto, estaremos diante de uma hipótese de exclusão do dolo. Vale ressaltar, que só se exclui o dolo quando o sujeito não tenha representado de maneira nenhuma que sua conduta era típica.

IV. Ainda, no que diz respeito a remissão à atos concretos da administração pública, se o sujeito não consegue compreender ou desconhece o caráter elementar da norma ele atua em erro de tipo. Ao contrário, se ele consegue mesmo sem o complemento compreender o caráter ilícito de sua conduta, incide ele em erro de proibição, vencível ou invencível.

REFERÊNCIAS

ABANTO VASQUEZ, Manuel. El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos. **Revista Peruana de Ciencias Penales**. Año V. N. 9/ Gráfica Horizonte. Lince – Lima.

ALMEIDA, André Vinícius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

ALMEIDA, Arnaldo Quirino De. **Direito Penal Econômico**. 2. ed. revisada e ampliada. Florianópolis: Conceito, 2015.

ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. **Tipo y error**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Concepto y contenido del Derecho Penal Económico. In: MIR PUIG, Santiago et al. **Estudios de Derecho Penal Económico**. Caracas: Livrosca, 2002.

BAJO FERNANDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes; SUÁREZ CONZÁLEZ, Calos. **Manual de Derecho penal. Parte especial (delitos patrimoniales y económicos)**. 2. ed. Madrid: CERA, 1993.

BAJO FERNÁNDEZ; Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **A vida fragmentada: ensaios sobre a moral pós-moderna**. Lisboa: Rológio d'Água, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.

BALARCE, Fabián I. **Derecho penal econômico: parte general**. Argentina: Editora Mediterránea, 2003.

BECHARA, Ana Elisa Libertore S. **Critérios Político-Criminais da Intervenção Penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada**. In: FRANCO, Alberto Silva (Coord); LIRA, Rafael (Coord). *Direito penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo Mundial**. Barcelona: Paidós, 2008.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal: la doutrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Libreria "El foro", 2002.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal: Parte geral**. São Paulo: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro jurídico penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Da consciência da ilicitude no Direito Penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BUJÁN, Perez, Carlos Martínez. **Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General**. 2. ed. Valencia: Tirand Lo Blanch, 2007.

BUSATO, Paulo Cesar. **Dolo e significado**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/12/08/dolo-e-significado/>> Acesso em: 14/01/16.

BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo. **El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias domésticas penales**. t. I, 2. ed. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 2001.

CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo. La imprescindible tensión dinámica entre el derecho penal económico y la política criminal. In: CAIROLI MARTÍNEZ, Milton Hugo et al. **Nuevos desafíos en Derecho Penal Económico**. Montevideo: IBdeF, 2012.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus direito penal convencional**: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CEREZO MIR, José. **La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios**. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 38, Fasc/Mes 2, p. 277-284, Madrid, 1985.

CERVINI, Raúl. Derecho Penal económico: concepto y bien jurídico. **RBCC**, São Paulo, vol. 11, abr/jun. 2003.

CERVINI, Raúl. **La perspectiva integrada del derecho penal económico**. In Nuevos desafíos en Derecho Penal Económico. Montevideo: IBdeF, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, v. 353. 1965.

CONLLEDO, Miguel Díaz y García. **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid. La Ley. Gráficas Muriel, 2008.

CONLLEDO, Miguel Díaz y García. Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error. In: LUZON PEÑA, Diego Manuel; PUIG, Santiago Mir. **Cuestiones actuales de la teoría del delito**. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

CORREIA, Eduardo. **Notas críticas à penalização de actividades económicas**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1982.

COSTA ANDRADE, João da. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal – elemento diferenciador entre o direito penal económico e o direito penal de justiça. In: FARIA COSTA, José de. (Coord.) **Temas de Direito Penal Económico**. Coimbra: Coimbra, 2005.

COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. In: Podval, Roberto (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: RT, 2001.

CRUZ, Flávio Antônio da. **O Tratamento do erro em um Direito Penal de bases democráticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **RBCC**, n. 80. 2009.

DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. **Error sobre elementos normativos del tipo penal**. Buenos Aires: La Ley, 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Los elementos subjetivos del delito**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1990.

DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y Límites para Reformulación de las Normas Penales**: El caso de las leyes en blanco. Valencia: Tirand Lo Blanch, 1999.

FAKHOURI, **Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas**: un caso problemático. Navarra. 2009.

FARIA COSTA, José de. Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal hoje. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 81, p. 45-46, jan.-mar, 2001.

FARIA COSTA, José de. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

FARIA COSTA, José de. O fenómeno da globalização e o Direito Penal Económico. In: ALMEIDA, Aníbal; CORREIA, Fernando Alves; VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Coimbra: Coimbra, 2008.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **La Fundación de la Teoría Normativa de la Culpabilidad**. in.: FRANK, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

FERGUSON, NIALL. **The Great Degeneration: How Institutions Decay and Economies Die**. London: Penguin Press, 2013.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. In: CORREIA, Eduardo; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários**. Coimbra: Coimbra, 1998.

FLETCHER, George. **Basics Concepts of Criminal Law**. New York- Oxford: Oxford University Press, 1998.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal – A nova parte geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faira. 2004.

FREITAS FILHO, Roberto. **Métodologia de Análise de Decisões**. Brasília: Centro Universitário de Brasília. 2009.

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

GENNARI, Adilson Marques. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción nomrativa de la culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GÓMEZ, Yamila Fakhouri. Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad – Un modelo para afrontar la problemática del error en derecho penal. InDret. **Revista para el Análisis Del Derecho**. Barcelona. Octubre. 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 58. 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Impetus. 2010.

GREMAUD, Amaru Patrick. **Manual de economia**. Org. Diva Benevidas Pinho, Marco Antonio S. de Vasconcellos e Rudinei Toneto Jr. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**. v. 12, n. 1, 2012.

GUARAGNI, Fábio André. A origem do Direito Penal Econômico: razões históricas. In: CÂMARA, Luiz Antonio. (Coord) **Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

GUARAGNI, Fábio André. As razões históricas do Surgimento do Direito Penal Econômico. **EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco**. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. v. 2, n. 1, jul./dez. 2007. Curitiba: Dom Bosco, 2007.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUARAGNI, F. A. **Critérios de compatibilização da norma penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras**. In: CONAMP / AMPERN. (Org.). Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público - 25 anos do novo Ministério Público: a construção de uma identidade. 1ed. Brasília: Gomes e Oliveira Livraria e Editora, 2013.

GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos concretos de autorização administrativo**: o panorama político-criminal comum, distinções e repercussões relativas ao princípio da reserva legal. Trabalho inédito. Curitiba, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HALL, Mark A.; WRIGHT, Ronald F.. Systematic Content Analysis of Judicial Opinions. In: California Law Review, vol. 96. 2008.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal**: obras completas; la doctrina de los elementos negativos del tipo penal; el error sobre las causas de justificación. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Parte General.** 4. ed. completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal:** Parte general. 5. ed. atual. e ampl. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Colmares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Normas Penais em Branco, Tipos Abertos e Elementos Normativos.** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2286>> Acesso em: 10/11/2015.

KEYNES, John Maynard. **General theory of employment, interest and money.** United Kingdom: Palgrave Macmillan, 1936.

KEYNES, John Maynard. **General theory of employment, interest and money.** United Kindom. Palgrave Macmillan. 1936.

LANDÍN, Manuel Gerpe. **Posicion y funciones de los tribunales superiores de justicia.** Barcelona. Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autòmics. 2008.

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

LINARES ESTRELLA, Ángel. **Un problema de parte general del derecho español y cubano.** Granada: Colmares/Facultad de Derecho de la Universidade de Granada, 2002.

LITZ, Franz von. **Tratado de derecho penal.** Tomo II. 2. ed. Madri: Editorial réus, 1927.

LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativo, princípio da legalidade e suas (in) compatibilidades no direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 83. 2010.

LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do Direito Penal Econômico. In: **Direito Penal e Criminologia.** Org. CONPEDI/UNINOVE; Coord. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo César Corrêa Borges, Cláudio José Langroiva Pereira. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

LÓPEZ, Tório. **El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal.** Indicaciones de política legislativa sobre la Teoría de la culpabilidad, en La reforma penal y penitenciaria, 1980.

LUIGI GATTA, Gian. **Abolitio Criminis e successione di norme "integratici": teoria e prassi.** Milano. Giuffrè, 2008.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1987.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A culpabilidade contemporânea. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, ano 91, n. 803, set/2002.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Miguel Pedrosa. **Breve confronto entre normais penais em branco e tipos penais abertos.** In livro de Estudos Jurídicos, nº 11. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos. 1995.

MAIWALD, Manfred. **Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario.** Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada.** Trad. J. F. Faria Costae M. Costa Andrade. Lisboa: Dudação Calouste Gulbenkian, 1984.

MARTIN, Adán Nieto. **El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición.** Barcelona: Atelier Libros, 1999.

MARTÍNES-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico: Parte general.** Valencia: Tirant Lo Blach, 1998.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal.** v. 2. Traducción y notas de derecho espanol por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal.** Tomo I. Trad. esp. de la segunda ed. alemana por José Artura Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

MOLINA, Antonio Garcia Pablos de. **Direito Penal: Parte Geral.** v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORGAN, Rod. **The Oxford Handbook of Criminology.** 4. ed. New York: Oxford University Press, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal.** Parte General. 6. ed. Barcelona: Tirant Lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios político-criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 11, jul/set. 1995.

NETTO, Alcides Munhoz. **A ignorância da Antijuridicidade em Matéria Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

OPUSZKA, Paulo Ricardo. Elementos da teoria keynesiana para uma reflexão sobre a intervenção jurídica estatal. **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 465, jul/dez. 2012.

PAVÓN, Pilar Gomes. Cuestiones actuales del derecho penal econômico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 48. 2004.

PEREZ DEL VALLE, Carlos. **Introducción al Derecho Penal español. Curso de Derecho Penal español**. Dirigido por E. Bacigalupo, M. P. Madrid, 1998.

PIERANGELI, José Henrique. A culpabilidade e o novo Código Penal. In: **Escritos Jurídico-Penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIMENTEL, Manuel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PIZARRO, Teresa Beleza. **Lições de Direito Penal**. v. 2. Lisboa: AAFDL, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro: Parte Geral**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro: Parte Geral**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

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

PUIG, Santiago Mir. **Direito penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Manole, 2002.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos. **Nuevo sistema de derecho penal**. Madrid: Trotta, 2004.

RESTUCCIA, Dardo Preza; ADRIASOLA, Gabriel; PABLO, Galain Palermo. **Delitos Econômicos**. Uruguay-Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004.

RIGHI, Esteban. **El derecho penal económico comparado**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991.

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RODRÍGUEZ MURILLO, Gonzalo. **El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal. La administracion desleal**. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte general – Tomo I – Fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. **Tratado de derecho penal: tomo general**. Traducción de la 2. ed. alemana por Diego-Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Tradução de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Relevantes aspectos do tipo subjetivo no delito tributário**. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; SANTÁNNA, Carlos Soares (Cord.). **Direito Penal Tributário**. São Paulo: MP, 2006.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, jul/2015.

SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2000.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; LEITÃO MARQUES, Maria Manuel. **Direito Económico**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do crime**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

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

SCHMIDT, Andrei Zenker. **Direito penal econômico: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHUNEMANN, Bernd. Las Reglas de la Técnica en Derecho Penal. In: **Obras, Tomo II, Colección Autores de derecho penal**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2009.

SILVA, Eduardo Sans de Oliveira e. O princípio da subsidiariedade e a expansão do direito penal econômico. In: DÁVILA, Fabio Roberto (Coord); SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord). **Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2006.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión de Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: RT. 2006.

SIU, Marco Bustinza. **El Dolo como concepto normativo. Acerca de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia**. Lima: PUCP, 2014.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Trad. Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky, São Paulo: Martins Fontes, 1a ed., 2003.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Trad. Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. Sobre la tipificación del delito contable en el derecho español. In: MAZUELOS COELHO, Julio (comp.). **Derecho penal económico y de la empresa**: concepto sistema y política criminal. Lima: San Marcos: 1996.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de Cuello Blanco**. Trad. Laura Belloqui. Buenos Aires: IBdeF, 2009.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito** (variações e tendências). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal. 1996.

TIEDEMANN, Klaus. **El concepto de delito económico y de derecho penal económico**. v. 4. Buenos Aires: NPP, 1975.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. **Cuadernos de política criminal**. Edersa, n. 28, Madrid. 1986.

TIEDEMANN, Klaus. **La ley penal en blanco**: concepto y cuestiones conexas. Revista Brasileira de Ciências Criminais. a. 10 n. 37. São Paulo, Editoria Revista dos Tribunais. p. 73-97. jan-mar 2002.

TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**. 2. ed. Valencia: Tirand Lo Blanch, 2010.

TIEDEMANN, Klaus (dir.); NIETO MARTÍN, Adán (coord.) **Eurodelitos. El Derecho penal económico de la Unión Europea**. Cuenca, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. Sobre el estado de la teoría del error, con especial referencia Al Derecho penal económico y al Derecho penal acessorio: consideraciones de Derecho comparado y conclusiones. In: **Estudios Jurídicos**: En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Segundo volume. Valencia: Universidad de Valencia, 1997. p. 895-910.

TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

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

VOGEL, Joachim. Presupuestos y exclusión de la responsabilidad subjetiva. In: TIEDEMANN, Klaus. (dir.); NIETO MARTÍN, Adán (coord.) **Eurodelitos. El Derecho penal económico de la Unión Europea.** Cuenca, 2003.

VOLK, Klaus. **Criminalità Economica:** Problemi Criminologici, Politico-criminali e Dommatici Sistema Penale e Criminalità Economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo. Napoli: Scientifiche Italiane, 1998.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán.** 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal:** Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Maestros del Derecho. Director: Gonzalo D. Fernández. Versión castellana y notas por José Cerezo Mir. Reimpresión de la 1ª ed. en castellano. Barcelona: Ariel, 1964.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal:** uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro:** parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de Derecho Penal:** parte general. 2. ed. 8. reimp. Buenos Aires: Ediar, 2014.