

ROBSON ANTONIO GALVÃO DA SILVA

**O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ERRO NO DIREITO PENAL
SOCIOECONÔMICO**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito à obtenção do título de mestre.

Orientador: Professor Dr. Rodrigo Sánchez Rios.

CURITIBA

2009

ROBSON ANTONIO GALVÃO DA SILVA

**O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ERRO NO DIREITO PENAL
SOCIOECONÔMICO**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito à obtenção do título de mestre.

Orientador: Professor Dr. Rodrigo Sánchez Rios.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Wagner Ginotti Pires
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Curitiba, 20 de fevereiro de 2009.

Para meus pais Antonio e Silvia,
minha irmã Lilian e meus afilhados Bernardo e Letícia.

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho só foi possível graças ao apoio de pessoas muito especiais.

Inicialmente, agradeço ao meu mestre e orientador, Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios, que me guia no estudo do Direito Penal desde os tempos de faculdade, por sua generosidade e amizade. Sua orientação e suas lições, não só sobre Direito, foram e continuam sendo fundamentais em minha vida.

Ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos, por todos os ensinamentos sobre Direito penal, política criminal e Criminologia, ministradas no Instituto de Criminologia e Política Criminal e na Universidade Federal do Paraná, e, especialmente, por todas as lições dadas no dia-a-dia, simplesmente pelo seu modo de condução de vida e por sua batalha incansável na defesa dos mais fracos. Se hoje entendo o papel da dogmática penal e se sou apaixonado pelo estudo do erro, isso se deve a ele.

Sou extremamente grato aos meus grandes amigos Fernando Lopes, dono de boa parte das idéias aqui defendidas, por ter sido meu interlocutor diário no estudo de todas as matérias abordadas, e Prof. Nasser Kassem Hammad, incentivador constante de um pensar por conta própria, por todas as lições de Filosofia e de vida, bem como pela orientação na parte filosófica deste estudo.

A Daniel Laufer, Luiz Gustavo Pujol e Christian Laufer, pela troca constante de idéias, pelo incentivo e pela amizade ao longo de tantos anos.

Aos Profs. Drs. José Ángel Brandariz García e Patricia Faraldo Cabana, pela recepção na Universidad de A Coruña, com a integral disponibilização de sua espetacular biblioteca.

Por fim, agradeço, especialmente, aos Profs. Drs. Carlos Martínez-Buján Pérez e Miguel Díaz y García Conlledo, por toda sua generosidade no esclarecimento de importantes dúvidas que surgiram ao longo do desenvolvimento do trabalho.

RESUMO

Há consenso na doutrina ao se afirmar que o setor relativo ao Direito penal socioeconômico possui determinadas peculiaridades que permitem individualizá-lo e que servem para o diferenciar dos outros setores que tradicionalmente foram enquadrados no Direito penal primário. Chegou-se a cogitar sobre uma autonomia científica do Direito penal socioeconômico frente ao Direito penal primário. Como se sabe, a legislação brasileira não confirma ou reconhece explicitamente tal autonomia. No entanto, isso não é óbice para que se postule um tratamento diferenciado, na medida em que as diversas instituições dogmáticas elaboradas pela teoria penal permitam chegar a soluções jurídicas distintas das que se sustentam para o Direito penal primário, com redução de garantias. É na matéria do erro que se coloca uma das questões de maior relevo, que permite deixar clara a especificidade das normas do Direito penal socioeconômico e, conseqüentemente, atesta a necessidade de reformular as teses e conclusões que tradicionalmente se vinha sustentando em relação aos delitos pertencentes ao Direito penal primário. O principal problema é que o sistema baseado sobre os princípios tradicionais entra em crise nos casos em que o objeto da falsa representação subjetiva não está constituído por uma realidade objetiva do ser, mas pela realidade – também objetiva – das normas e das valorações jurídicas, situação que comumente ocorre no âmbito socioeconômico. A doutrina, atenta a essa situação, vem propondo algumas alternativas para a resolução dos problemas criados no tratamento do erro em razão das especificidades do bem jurídico e do tipo dos delitos socioeconômicos. Analisar-se-á qual é o tratamento jurídico-penal mais adequado para o erro no Direito Penal socioeconômico, com base na teoria do crime e nos moldes da legislação brasileira em vigor, de modo que não haja a redução de qualquer princípio penal de garantia.

Palavras-chave: Direito penal socioeconômico. Elementos normativos do tipo penal. Elementos de valoração global do fato. Leis penais em branco. John Searle. Filosofia Social. Fatos institucionais. Erro de tipo. Erro de proibição. Delitos socioeconômicos. Bem jurídico coletivo. Bem jurídico socioeconômico. Tipo socioeconômico. Elemento intelectual do dolo. Objeto do conhecimento da antijuridicidade. Erro sobre elementos normativos do tipo. Erro sobre o complemento da lei penal em branco. Erro sobre elementos de valoração global do fato.

RESUMEN

Desde el punto de vista doctrinario hay consenso cuando se afirma que el sector relativo al Derecho penal socioeconómico posee determinadas peculiaridades que permiten individualizarlo y que sirven para diferenciarlo de otros sectores que tradicionalmente se encuadraban dentro del Derecho penal clásico. Se llegó a pensar en la autonomía científica del Derecho penal socioeconómico frente al Derecho penal clásico. Como es sabido, en la legislación brasileña no se confirma o se reconoce explícitamente dicha autonomía. Sin embargo, ello no es óbice para que se postule un tratamiento diferenciado, en la medida en que las distintas instituciones dogmáticas elaboradas por la teoría penal le permitan encontrar soluciones jurídicas distintas de aquellas que se sustentan en el Derecho penal clásico, con reducción de garantías. En materia de error es en donde se plantea una de las cuestiones de mayor relieve, que permite dejar clara la especificidad de las normas del Derecho penal socioeconómico y, consecuentemente, confirma la necesidad de reformular las tesis y conclusiones que tradicionalmente se sustentaban en relación con los delitos pertenecientes al Derecho penal clásico. El principal problema es que un sistema que se asienta sobre los principios tradicionales entra en crisis en caso de que el objeto de la falsa representación subjetiva no esté constituido por una realidad objetiva del ser, sino por la realidad - también objetiva - de las normas y de las valoraciones jurídicas, circunstancia que por lo común ocurre en el ámbito socioeconómico. En este sentido, la doctrina que permanece atenta a esta circunstancia, viene proponiendo algunas alternativas para la mejor resolución de los problemas que han surgido por el tratamiento del error, en razón de las especificidades del bien jurídico y del tipo de delitos socioeconómicos. Se pretende analizar qué tratamiento jurídico-penal se adecua más al error en el Derecho Penal socioeconómico, con base en la teoría del crimen y siguiendo el modelo de la legislación brasileña vigente, de modo que no haya reducción de cualquier principio penal de garantía.

Palabras clave: Derecho penal sócio-económico. Elementos normativos del tipo penal. Elementos de valoración global del hecho. Leyes penales en blanco. John Searle. Filosofía Social. Hechos institucionales. Error de tipo. Error de prohibición. Delitos sócio-económicos. Bien jurídico colectivo. Bien jurídico sócio-económico. Tipo sócio-económico. Elemento intelectual del dolo. Objeto del conocimiento de la antijuridicidad. Error sobre elementos normativos del tipo. Error sobre o complemento de la ley penal en blanco. Error sobre elementos de valoración global del hecho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO, ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO E LEIS PENAIS EM BRANCO	17
1.1 DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE TIPO LEGAL.....	19
1.2 CONCEITUAÇÃO DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO.....	21
1.2.1 Concepções segundo a metodologia dogmática tradicional	22
1.2.2 Crítica às concepções tradicionais e a opção de alguns doutrinadores pela Filosofia analítica	26
1.2.3 Posições doutrinárias baseadas na Filosofia analítica	33
1.2.4 As propostas de DARNSTÄDT e BURKHARDT e o desenvolvimento da noção de fatos institucionais de SEARLE	41
1.2.5 Conclusões a respeito da definição de elementos normativos do tipo	55
1.2.6 Algumas distinções dos elementos normativos do tipo	56
1.2.6.1 Elementos normativos do tipo específicos ou explícitos (escritos) e gerais ou implícitos (não escritos).....	56
1.2.6.2 Elementos normativos do tipo objetivo e do tipo subjetivo.....	56
1.2.6.3 Elementos normativos do tipo positivo e do tipo negativo.....	58
1.2.6.4 Elementos normativos de sentido e de valor.....	58
1.2.6.5 Elementos normativos de tipo jurídicos e extrajurídicos.....	59
1.2.6.6 Elementos normativos de comum apreensão social e elementos normativos de conhecimento adstrito a determinados grupos.....	59
1.3 ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO.....	60
1.4 LEIS PENAIS EM BRANCO.....	65
1.5 CONCLUSÕES A RESPEITO DA DEFINIÇÃO E DELIMITAÇÃO DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO, LEIS PENAIS EM BRANCO E ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO.....	71
2 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ERRO: PONTOS DE PARTIDA	75
2.1 AS TEORIAS DO DOLO E DA CULPABILIDADE.....	75
2.1.1 Teorias do dolo	76
2.1.2 Teorias da culpabilidade	78

2.2 O ERRO DE TIPO.....	82
2.2.1 Conceito e efeitos.....	82
2.2.2 O conteúdo do dolo e a intensidade da representação das circunstâncias de fato.....	86
2.3 ERRO DE PROIBIÇÃO.....	91
2.3.1 Conceito e efeitos.....	91
2.3.2 Delimitação do objeto do conhecimento da antijuridicidade e a especial situação do desconhecimento da lei.....	93
2.3.2.1 Ordem moral e valores sociais como objeto do conhecimento da antijuridicidade.....	95
2.3.2.2 Punibilidade como objeto do conhecimento da antijuridicidade.....	97
2.3.2.3 Posição intermediária.....	99
2.3.2.4 A doutrina brasileira e o posicionamento de JESCHECK/WEIGEND.....	100
2.3.2.5 Desconhecimento da antijuridicidade e desconhecimento da lei.....	102
2.4 ERRO DE SUBSUNÇÃO.....	105
2.5 A DELIMITAÇÃO ENTRE ERRO DE TIPO, ERRO DE PROIBIÇÃO E ERRO DE SUBSUNÇÃO.....	106
3 O ERRO SOBRE OS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO, SOBRE O COMPLEMENTO DAS LEIS PENAIS EM BRANCO E SOBRE OS ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO.....	110
3.1 O ERRO SOBRE OS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO.....	110
3.1.1 Introdução.....	110
3.1.2 Principais posicionamentos sobre o assunto.....	113
3.1.2.1 Postura adotada por aqueles que entendem que o fator decisivo é aportado pela distinção entre erro de fato e erro de Direito (BURKHARDT e KINDHÄUSER).....	114
3.1.2.2 Posicionamento dos que, à margem do erro de fato, consideram que o preponderante é verificar se ocorreu um erro de Direito extrapenal ou penal (HERZBERGER, HAFT, KUHLEN e PUPPE).....	117
3.1.2.3 A tese majoritária da valoração paralela na esfera do leigo (MEZGER, WELZEL, ROXIN, HERBERGER e CONLLEDO).....	120
3.1.2.4 Posicionamentos que não se enquadram em nenhum dos três anteriores (DARNSTÄDT, KAUFMANN, SCHLÜCHTER, SUAY HERNÁNDEZ, DOPSLAFF e FRISCH).....	124

3.1.3 Críticas realizadas aos posicionamentos referidos.....	131
3.1.4 Conclusão a respeito do erro sobre os elementos normativos do tipo...137	137
3.2 O ERRO SOBRE O COMPLEMENTO DAS LEIS PENAIS EM BRANCO.....	138
3.3 O ERRO SOBRE OS ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO.....	141
4 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ERRO E AS ESPECIFICIDADES DO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO.....	145
4.1 PECULIARIDADES DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO.....	148
4.1.1 Breve síntese das teorizações antecessoras à noção de bem jurídico...148	148
4.1.2 O Direito penal com função de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal.....	150
4.1.3 Da proteção de bens jurídicos individuais à proteção de bens jurídicos coletivos e os bens jurídicos sociais gerais e os bens jurídicos setoriais difusos.....	153
4.1.4 Especificidades dos bens jurídicos tutelados pelo Direito penal socioeconômico.....	159
4.2 PECULIARIDADES DO TIPO NO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO.....	175
4.3 CONSTATAÇÕES DAS ESPECIFICIDADES DO BEM JURÍDICO E DO TIPO PENAL NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO PELA DOUTRINA.....	179
4.4 SOLUÇÕES PROPOSTAS PELA DOUTRINA PARA O TRATAMENTO DO ERRO NO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO.....	183
4.4.1 Realização de alterações legislativas e o Código Penal Português.....	184
4.4.2 Soluções interpretativas.....	185
4.4.2.1 Qualificação como erro de tipo o erro que recai sobre elementos normativos jurídicos ou sobre a normativa extrapenal.....	186
4.4.2.2 Ampliação da esfera de invencibilidade do erro.....	187
4.4.3 Tratamento dado ao assunto pela doutrina brasileira.....	188
4.5 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ERRO NO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO.....	191
4.5.1 O tratamento do erro sobre os elementos normativos jurídicos, sobre o complemento das leis penais em branco e sobre os elementos de valoração global do fato diante das especificidades do Direito penal socioeconômico..	195
4.5.1.1 Fixação de algumas premissas indispensáveis.....	195

4.5.1.2 O objeto do elemento intelectual do dolo no Direito Penal socioeconômico – Quando o conhecimento da proibição legal integra o dolo sem que se trabalhe com a noção de <i>dolus malus</i>	199
4.5.1.3 O erro sobre os elementos normativos jurídicos do tipo e o Direito Penal socioeconômico, bem como casos em que o conhecimento da própria proibição penal deve ser tratado no âmbito do dolo.....	201
4.5.1.4 O tratamento do erro sobre o complemento das leis penais em branco e o Direito penal socioeconômico.....	204
4.5.1.5 O tratamento do erro sobre os elementos de valoração global do fato e o Direito penal socioeconômico.....	209
CONCLUSÕES	212
REFERÊNCIAS	218

INTRODUÇÃO

Há certo consenso na doutrina ao se afirmar que o setor relativo ao Direito penal socioeconômico¹ possui determinadas peculiaridades que permitem individualizá-lo e que servem para o diferenciar dos outros setores que tradicionalmente foram enquadrados no Direito penal “clássico”, “primário”, “comum” ou “nuclear”². Chegou-se a cogitar sobre uma verdadeira autonomia científica do Direito penal socioeconômico frente ao Direito penal primário.

Como se sabe, a legislação brasileira não confirma ou reconhece explicitamente tal autonomia. No entanto, isso não é óbice para que se postule um tratamento diferenciado na medida em que as diversas instituições dogmáticas elaboradas pela teoria penal permitam chegar a soluções jurídicas distintas das que se sustentam para o Direito penal primário, com redução de garantias³. Em alguns casos, trata-se simplesmente de efetuar algumas matizações ou correções a instituições penais tradicionais, quando elas são utilizadas como instrumento para a interpretação dos delitos socioeconômicos, mas, em outros casos, propõe-se, inclusive, a idealização de novos princípios jurídico-penais de imputação, diferentes dos tradicionais.

Neste trabalho, não se ingressará na discussão a respeito da aventada autonomia científica do Direito penal socioeconômico. Isso decorre da constatação de que o legislador brasileiro não fez, até o momento, essa opção. Os delitos

¹ Adota-se a denominação Direito penal socioeconômico porque, nesse âmbito, tutelam-se interesses econômicos coletivos, não sendo possível, segundo a opinião majoritária, a proteção de interesses econômicos puramente individuais, a não ser que possam gerar efeitos socioeconômicos. O tema é amplamente tratado no quarto capítulo desta dissertação, ao qual se faz remissão.

² O Direito penal “clássico”, “primário”, “comum” ou “nuclear” restringe-se a incriminar comportamentos que representam ataques diretos aos direitos subjetivos individuais. Por outro lado, o Direito Penal “acessório”, “secundário”, “extravagante” ou “especial” não focaliza direitos subjetivos determinados, mas, sim, a busca pela prevenção dos indeterminados perigos de violação daqueles direitos. Sobre o assunto, vide, por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: Um contributo para a reforma do Direito Penal nos novos espaços de intervenção. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 11-63. No presente trabalho, adotar-se-á a terminologia Direito Penal “primário” e “secundário”.

³ TIEDEMANN consigna que “Con cierta independencia de esta situación legal, el Derecho penal económico ofrece unas particularidades que se refieren a cuestiones de la Parte general ya sea desde el punto de vista de la técnica legislativa ya sea como consecuencia de que el Derecho penal económico abarca nuevos fenómenos sócio-económicos y llega por ello a soluciones novedosas en cuanto a su contenido”. TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico**: (Comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1993. p. 157.

socioeconômicos permanecem sujeitos à regulação da Parte Geral do Código Penal. Conseqüentemente, estão submetidos aos princípios de garantia tradicionais e sujeitos às mesmas regras de imputação previstas para o Direito penal primário.

Apesar disso, no que se refere aos critérios de imputação, eles não podem ser trasladados acriticamente ao âmbito socioeconômico, como adverte MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁴ ⁵. O que se tem feito é acomodar as tradicionais estruturas às características particulares dos delitos socioeconômicos, sem que se matize qualquer princípio de garantia, sendo isso o que se pretende nesta dissertação. Buscar-se-á esse objetivo, no entanto, sem propugnar interpretações distintas para o Direito penal socioeconômico. O que se tentará fazer é apontar características de certos tipos penais, existentes não só no âmbito do Direito penal socioeconômico, mas que preponderam nesse setor, que recomendam um tratamento específico, pois a dogmática foi toda desenvolvida com base nas características próprias dos tipos do Direito penal primário. Em algumas situações, não há como aplicar as instituições tradicionais ao Direito Penal socioeconômico, sem reduções de garantias.

É assente na doutrina que na matéria do erro coloca-se uma das questões de maior relevo⁶, que permite deixar clara a especificidade das normas do Direito penal socioeconômico e, conseqüentemente, atesta a necessidade de reformular as teses e conclusões que tradicionalmente se vinha sustentando em relação aos delitos pertencentes ao Direito penal primário⁷.

⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Imputación Subjetiva. **Manuales de Formación Continuada**. Madrid, n. 14, p. 99-180, 2001. p. 100.

⁵ TIEDEMANN, especificamente sobre o erro, consigna que “(...) nada impiede al legislador y a quien aplica el Derecho otorgar a quién incurre en un error de derecho un tratamiento más favorable en aquellos casos en los que el error de derecho es excusable; posiblemente, por tanto, en el campo del Derecho penal accesorio y en el Derecho de las contravenciones con sus amplios ámbitos de regulación”. 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. 895-910. p. 897.

⁶ TIEDEMANN afirma que “Las cuestiones referentes al error constituyen para la dogmática jurídico-penal el banco de pruebas de la coherencia y validez de la teoría jurídica del delito. La proyección subjetiva de datos objetivamente existentes representa el supuesto normal en el cual la congruencia entre ‘lo objetivo’ y ‘lo subjetivo’ confirma la estructura del sistema penal”. TIEDEMANN, **Estudios Jurídicos**, p. 895.

⁷ Nesse sentido, vide: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**: Parte General. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. p. 127. TIEDEMANN, **Leciones de Derecho penal econômico**, p. 158 e ss. TERRADILLOS BASOCO, Juan. **Derecho penal de la empresa**. Madri: Trotta, 1995. p. 36.

A importância prática do tema é grande, visto que a distinção entre erro de tipo e erro de proibição ganha ainda mais relevância especificamente nesse setor, ao se constatar que no Direito penal socioeconômico, normalmente, não são criminalizadas modalidades imprudentes⁸. Assim, ao se considerar um erro como sendo erro de tipo, ainda que se considere vencível, ter-se-á a absolvição do acusado. De outra via, a questão gera efeitos em matéria de participação, porque se o erro se situa no âmbito da exclusão do tipo, a não aplicação da pena estender-se-á às condutas dos partícipes.

Proporcional à importância do assunto é a sua dificuldade. Com efeito, em razão das peculiaridades do bem jurídico protegido pelo Direito penal socioeconômico, o legislador passou a usar algumas técnicas específicas de tipificação. Não há dúvida que o tipo dos delitos socioeconômicos é repleto de elementos normativos, elementos de valoração global do fato e de remissões a outras normas jurídicas⁹. A conduta incriminada não é composta por uma realidade objetiva, do mundo real, mas por uma realidade referente a normas e valorações jurídicas (o que não lhe tira seu caráter objetivo).

Tradicionalmente, aceita-se que a discrepância entre o desconhecimento subjetivo de dados objetivos se resolve no sentido de considerar que o desconhecimento é de fato e, portanto, da significação central do próprio atuar, exonerando o agente: quem não sabe o que faz não atua dolosamente.

Conforme bem observa TIEDEMANN, no entanto, a convicção do sistema baseado sobre tais princípios entra em crise nos casos em que o objeto da falsa representação subjetiva não está constituído por uma realidade objetiva do ser, mas pela realidade – também objetiva – das normas e das valorações jurídicas.

⁸ Consoante SANTOS, “O substantivo *culpa* e o adjetivo *culposo* são inadequados por várias razões: primeiro, confundem *culpa*, modalidade subjetiva do tipo, com *culpabilidade*, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de *culpa em sentido estrito* e *culpa em sentido amplo*, o que é anti-científico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual *crime culposo* parece mais grave que *crime doloso*, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo *imprudência* e o adjetivo *imprudente* exprimem a idéia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes *culpa* e *culposo*; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como *imprudência*.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 169.

⁹ Nesse sentido, vide: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho penal económico**, p. 127. Do mesmo autor, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 399. E, especialmente, DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales**: El caso de las leyes en blanco. Valencia: Tirant Lo Blabch, 1999. p. 55 e ss.

Pensamentos jurídicos antigos consideravam esses erros irrelevantes, majoritariamente sobre a base da presunção de que a validade da norma não pode fazer-se depender de seu conhecimento e aprovação por parte dos particulares e, também, afirmando que com o reconhecimento de um erro relevante sobre a norma, o ordenamento jurídico questionaria sua validade: *error iuris nocet*. Sistemas mais evoluídos têm admitido, faz relativamente bastante tempo, exceções a essa regra, outorgando relevância ao erro de Direito nos casos em que as normas jurídicas não *prescrevem*, mas *descrevem*. Em outras palavras, nos casos em que o erro não se projeta sobre o mandato ou a proibição, mas sobre elementos do tipo ou pressupostos das causas de justificação. O erro sobre o caráter alheio de uma coisa já no Direito romano excluía o dolo de furto. Esse erro não é idêntico ao que recai sobre a proibição de subtrair coisas alheias¹⁰.

O que ocorre, no Direito Penal socioeconômico, é que a situação de fato não é composta por uma realidade objetiva, do mundo real, como ocorre nos delitos tradicionais. Ao contrário, a situação típica refere-se a situações proximamente ligadas ao Direito, sendo essa a razão de o legislador utilizar na descrição dos tipos econômicos elementos normativos jurídicos, elementos de valoração global do fato e a remissão a outras normas jurídicas. Assim, dentro da diferenciação entre representação errônea de tipo moral e de tipo intelectual, o erro de proibição no âmbito do Direito penal socioeconômico se encontra, certamente, mais próximo do grau de valoração intelectual. Portanto, seu correto enquadramento no sistema penal deriva da teoria da norma jurídica, cujos aspectos objetivos devem encontrar, em todo caso, certa correspondência na consciência do sujeito¹¹.

O tratamento do erro sobre os elementos normativos do tipo, sobre os elementos de valoração global do fato e sobre o complemento das leis penais em branco é extremamente controvertido na doutrina já quando se trabalha com o Direito penal clássico. Especificamente a respeito do erro sobre os elementos normativos, MAURACH/ZIPF afirmam ser a questão mais complexa e aberta de toda a teoria do erro, diante do grande número de opiniões conflitantes sobre o tema na doutrina¹². Há, ainda, a questão da própria definição e delimitação dos elementos descritivos e normativos, bastante controvertida, apontando diversos doutrinadores

¹⁰ TIEDEMANN, **Estudios Jurídicos**, p. 895.

¹¹ Nesse sentido, vide TIEDEMANN, **Estudios Jurídicos**, p. 895-896.

¹² MAURACH, Reinhart; ZIPF, Hein. **Derecho Penal**: Parte General. Tomo I. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. p. 663.

no sentido de sua relativização¹³. A complexidade amplia-se ao se transladar essa problemática ao âmbito do Direito penal socioeconômico¹⁴.

Diante das particularidades do Direito penal socioeconômico, a doutrina tem apresentado três propostas para um tratamento mais adequado do erro: a) elaboração de alterações legislativas, de modo a que, nesse setor, sejam aplicados critérios idênticos aos da teoria do dolo; b) ampliação do âmbito de emprego do erro de tipo em prejuízo do erro de proibição; e, c) alargamento da esfera de invencibilidade do erro de proibição, com critérios diferentes dos que regem para o Direito penal primário. Em muitas oportunidades, os autores que trabalham o tema optam por uma ou outra proposta com base em questões, preponderantemente, de política criminal, consoante se verá ao longo do trabalho.

O que se almeja neste estudo é elaborar uma análise que tenha caráter também político-criminal, mas, preponderantemente, dogmático, analisando-se qual das opções é a mais correta diante do contexto geral da teoria do crime e, ainda, do ordenamento jurídico brasileiro. Lembre-se que o artigo 21 do Código Penal brasileiro, em sua primeira parte, estabelece que o desconhecimento da lei é inescusável. Como consignado, não se pretende encontrar uma solução que adote critérios diferenciados para o Direito penal primário e para o Direito penal socioeconômico, em casos em que a legislação assim especificamente não determine. Acredita-se que é possível alcançar uma resposta adequada para o âmbito socioeconômico, que não exija uma abordagem diferenciada dos delitos tradicionais. O que há são tipos legais, existentes em ambos os setores, ainda que preponderem no Direito penal socioeconômico, com características peculiares, o que recomenda um tratamento diferenciado.

Com isso, pretende-se vislumbrar qual é o tratamento mais apropriado a ser dado ao erro no âmbito do Direito penal socioeconômico, transladando-se todo o aporte dogmático-teórico desenvolvido com base nos delitos tradicionais, com as matizações necessárias diante de suas especificidades, mas sem se adotar critérios diferentes para casos que sejam idênticos no âmbito tradicional e no âmbito

¹³ Nesse sentido, vide SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Los elementos normativos y el error. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madri, Tomo XLIV, Fascículo I, p. 97-142, 1991. p. 30 e 44 e ss.

¹⁴ TIEDEMANN registra que “Sobre todo, en el Derecho penal accesorio, que en Alemania está actualmente conformado por casi 1000 leyes, se suscita la cuestión de si la existencia y contenido de las normas extrapenales que constituyen el objeto de referencia forman parte del tipo (penal) o pertenecen a la prohibición (mandato)”. TIEDEMANN, **Estudios Jurídicos**, p. 896.

socioeconômico, de modo a não se ter reduzido qualquer princípio penal de garantia.

Fixado o *objeto* do trabalho, consigna-se que a *metodologia* que se buscará adotar (o que não acontecerá em todos os capítulos, diante das peculiaridades dos assuntos abordados) é a seguinte: a) delimitação do problema e explicação do modo de exposição do tema; b) apresentação das propostas formuladas pela doutrina; c) análise crítica e tomada de postura; e, d) formulação, nos casos em que couber, de possíveis contribuições às discussões apresentadas.

A *estrutura sistemática* tentará ser a que permita a maior clareza possível, apesar da dificuldade da matéria. No *primeiro capítulo*, tratar-se-á da definição dos elementos normativos do tipo, dos elementos de valoração global e das leis penais em branco, almejando-se delimitar o mais precisamente possível esses institutos, que são facilmente confundíveis (sobretudo, os elementos normativos jurídicos e as leis penais em branco). No *segundo capítulo*, será abordado o tratamento jurídico-penal do erro, nos moldes formulados pela dogmática tradicional, com base no Direito penal primário, apenas apresentando o tema, de modo a fixar alguns pontos de partida. Dois aspectos, no entanto, merecerão um tratamento mais aprofundado: o elemento intelectual do dolo e o objeto do conhecimento da antijuridicidade. No *terceiro capítulo*, serão apresentadas as propostas formuladas pela doutrina para o tratamento do erro sobre os elementos normativos do tipo, sobre os elementos de valoração global do fato e sobre o complemento das leis penais em branco. Por fim, no *quarto capítulo* serão destacadas as especificidades do bem jurídico e do tipo dos delitos socioeconômicos, que influenciam diretamente aspectos do dolo e do erro, concluindo-se a respeito de qual é o tratamento mais adequado a ser outorgado ao erro jurídico-penal no Direito penal socioeconômico.

1 ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO, ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO E LEIS PENAIS EM BRANCO

Os principais instrumentos que a técnica legislativa utiliza em sua aplicação ao Direito penal para formular os tipos são de duas classes: os termos e as estruturas dos enunciados legais. Certamente, o uso de ambos está relacionado a palavras, pois o objeto final da técnica legislativa se leva a cabo num texto. Deve-se observar, todavia, que estas nem sempre incidem de igual modo na configuração final do enunciado legal e na estrutura da norma que resulta dele. Essa é a diferença que ressalta a alusão, por um lado, ao uso de termos diversos e, por outro, a estruturas de distinta composição. Com efeito, o legislador pode recorrer ao emprego de termos com um significado mais ou menos aberto que conservam íntegra a estrutura da norma penal (suposto de fato e consequência jurídica), mas pode também se servir de expressões que, mediante uma referência aberta a outras disposições, simplificam notavelmente a norma, ou, inclusive, chegam praticamente a volatilizar algum de seus membros integrantes¹⁵.

Nesse panorama é que se enquadram os elementos normativos do tipo, os elementos de valoração global do fato e as leis penais em branco. A problemática do erro no Direito penal socioeconômico, como já antecipado na introdução, passa, justamente, pelo tratamento do erro incidente sobre tais figuras, pois são os meios freqüentemente utilizados pelo legislador nos tipos socioeconômicos, em virtude, sobretudo, da natureza do bem jurídico tutelado. Diante disso, faz-se imprescindível, já no primeiro capítulo, defini-los, inclusive, diferenciando-os entre si, já que há uma dificuldade de delimitação, principalmente, entre elementos normativos jurídicos e leis penais em branco. Nesse sentido, a lição de SUAY HERNÁNDEZ é esclarecedora:

En general se dice que la delimitación entre elementos normativos y leyes penales en blanco presenta contornos difusos. Tiedemann (1988 a) ha señalado la frecuente utilización incorrecta de la expresión “leyes penales en blanco” por doctrina y jurisprudencia, en particular en el ámbito de los delitos de defraudación fiscal, que contienen elementos normativos jurídicos. La ausencia de un criterio determinante con el que delimitar los elementos normativos de las leyes penales en blanco aporta nuevos

¹⁵ Nesse sentido é a lição de DOVAL PAIS, ob. cit., p. 55-56.

problemas a la teoría del error, ya que en este terreno se reconoce una especificidad propia de las leyes penales en blanco.¹⁶

GARCÍA ARÁN, por seu turno, expressa que a importância de distinguir elementos normativos de conteúdo jurídico, em particular, e leis penais em branco, reside na individualização dos problemas que aparecem nas distintas remissões, sem reduzir-se à pura questão nominal de atribuir-lhes uma ou outra denominação¹⁷.

Para deixar clara a estreita ligação entre os três institutos cabe desde já consignar que a doutrina, normalmente, entende que os *elementos normativos do tipo* são os que só existem sob o pressuposto lógico de uma norma (os *jurídicos* são, obviamente, os que existem sob o pressuposto lógico de uma norma jurídica), os *elementos de valoração global do fato* são os que supõem uma remissão ao conjunto do ordenamento jurídico para determinar os pressupostos objetivos que fundamentam o juízo de antijuridicidade (às vezes contêm o próprio juízo de antijuridicidade) e as *leis penais em branco* são as que supõem remissão a outras normas jurídicas para se alcançar o objeto do fato típico. Não é necessário muito esforço para compreender a razão da dificuldade de delimitação entre eles¹⁸.

De início, será abordado, sucintamente, o desenvolvimento da noção de tipo legal. Na seqüência, tentar-se-á alcançar uma definição do conceito de elementos normativos, tema dos mais complexos e, ainda, abertos da dogmática penal. Serão tratadas as principais concepções trazidas pela doutrina sob dois principais métodos. Primeiramente, serão analisados os conceitos formulados sob um viés que será chamado de *tradicional*, apenas para o distinguir do segundo grupo. Posteriormente, serão analisadas as definições realizadas com apoio do aparato teórico da *Filosofia analítica*.

Dentre os conceitos formulados com base na Filosofia analítica, como se verá, chama atenção o desenvolvido por DARNSTÄDT e BURKHARDT, com base na teoria de SEARLE, trabalhando com a noção de fatos naturais e institucionais. Ocorre, no entanto, que referidos autores desenvolveram suas definições antes de 1995, ano em que SEARLE efetuou uma reformulação de sua teoria dos fatos institucionais, aprimorando-a sensivelmente. Em razão disso, apenas com fins

¹⁶ SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 133.

¹⁷ GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. In: **Estudios penales y criminológicos**. Tomo XVI. Santiago de Compostela: Univ. Santiago de Compostela, 1993. p. 63-104. p. 71.

¹⁸ Sobre o assunto, vide DOVAL PAIS, ob. cit., p. 102 e ss.

especulativos, para não se extrapolar os limites de uma dissertação, serão feitas algumas considerações a respeito de uma possível contribuição à definição e delimitação dos elementos normativos com base no pensamento atual de SEARLE.

Feito isso, buscar-se-á, ainda, trazer uma distinção entre as diferentes classes de elementos normativos ou entre estas e figuras afins.

Na seqüência, serão apresentados os conceitos de elementos de valoração global do fato e de leis penais em branco.

Por fim, apresentar-se-ão as conclusões do capítulo, fixando as definições de elementos normativos do tipo, elementos de valoração global do fato e leis penais em branco que serão adotadas para o tratamento dos assuntos que seguirão nos próximos capítulos.

1.1 DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE TIPO LEGAL

A primeira formulação da idéia de tipo foi desenvolvida por BELING, em 1906¹⁹. Foi fundada no modelo causal da Filosofia naturalista, sendo concebido, inicialmente, como puramente objetivo (todos os elementos subjetivos integrariam a culpabilidade) e livre de valor (toda a valoração legal pertenceria à antijuridicidade).

Nos anos seguintes, contudo, FISCHER, HEGLER, MAYER e MEZGER (1911, 1915, 1915 e 1924, respectivamente²⁰) demonstraram a existência de elementos subjetivos no tipo legal²¹, inicialmente com relação às causas de

¹⁹ Para BELING, o Direito Penal poderia ser considerado como um catálogo de tipos delitivos, sendo a tipicidade a adequação a este catálogo. Nesse sentido, a tipicidade seria uma característica externa que concorreria com uma dimensão valorativa e subjetiva do delito. BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**: la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944. p. 37-38.

²⁰ Citados por SANTOS, ob. cit., p. 106. E, também, por ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General: Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 2006. p. 280.

²¹ A doutrina, normalmente, distingue os conceitos de *tipo legal*, *tipo de injusto* e *tipo de garantia*. Segundo SANTOS, o *tipo legal* constitui a descrição do comportamento proibido, com todas as suas características subjetivas, objetivas, descritivas e normativas, realizada na parte especial do Código Penal e nas Leis extravagantes. Já o *tipo de injusto* representa a descrição da lesão do bem jurídico, compreendendo os fundamentos positivos da tipicidade (descrição do comportamento proibido) e os fundamentos negativos da antijuridicidade (ausência de causas de justificação). Por fim, o *tipo de garantia* é o conjunto de elementos que a lei tem de referir para que se cumpra o conteúdo do princípio *nullum crime, nulla pena sine lege*, compreendendo todos os pressupostos da punibilidade, uma vez que, além do *tipo de injusto* (tipicidade e antijuridicidade), abrange os caracteres da culpabilidade, as condições objetivas de punibilidade e os pressupostos processuais. SANTOS, ob. cit., p. 105. Vide, ainda: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 439-440; DIAS, Jorge de

justificação e, posteriormente, no próprio tipo legal, no que diz respeito aos especiais fins de agir. Com o advento do finalismo, completou-se a subjetivação do conceito de tipo, sendo a vontade consciente de realizar os elementos objetivos do fato retirada da culpabilidade para integrar a dimensão subjetiva do tipo legal, como dolo de tipo.

Conforme ROXIN, a classe de tipo delitivo (cita, *v.g.*, o homicídio doloso e o homicídio imprudente) se vê substancialmente co-determinada pelo dolo, sendo apenas esse argumento suficiente para sustentar a hipótese de que o dolo pertence ao próprio tipo, como sua parte subjetiva. Em razão disso, a tese de BELING, da objetividade do tipo, foi abandonada completamente²².

No que mais interessa ao presente estudo, cabe desde já antecipar que é comum atribuir-se a Max Ernest MAYER a identificação de elementos normativos no tipo legal, já em 1915, descaracterizando a neutralidade do tipo livre de valor. Interessante notar que ele defendia que o tipo era neutro, carente de valor, com relação à antijuridicidade, sendo a tipicidade apenas indício desta. A tipicidade era apenas a “ratio cognoscendi” da antijuridicidade. Contudo, ele identificava em alguns tipos elementos que não possuem um mero caráter indiciário da antijuridicidade, mas que constituem componentes ou partes integrantes, autênticos elementos, sua “ratio essendi”. Esses são, segundo ele, os elementos normativos do tipo, com conteúdo valorativo, distintos dos habituais elementos descritivos, que seriam descrições acessíveis à percepção sensorial, não valorativas. Sendo assim, caracterizou esses elementos como impróprios do tipo, afirmando que eles se comparavam a um grampo fixado com um extremo no tipo legal e com outro na antijuridicidade²³.

Posteriormente, constatou-se que os elementos normativos do tipo são em número muito maior do que inicialmente previsto, tendo-se instaurado grande discussão no que se refere à sua definição e delimitação.

A identificação da existência de elementos normativos no tipo legal, cumpre registrar, gerou importantes conseqüências na dogmática penal. No que mais

Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral: Questões Fundamentais: A Doutrina Geral do Crime. Tomo I. 1ª ed. brasileira. 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 284.

²² ROXIN, **Derecho Penal**, p. 280.

²³ MAYER, Max Ernst. **Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts**, Heidelberg, 1915, p.182 e ss. Citado por DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel. **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**. Madri: La Ley, p. 41.

interessa a este estudo, eles trouxeram problemas à configuração do dolo, no sentido de como se deve abarcá-los e se existe uma diferença com relação ao modo em que o dolo se estende sobre os elementos descritivos. Em aspecto estritamente vinculado a esse, como principal consequência da identificação de elementos normativos no tipo legal, aponta-se o tratamento do erro. Sobre o assunto, vale transcrever a lição de DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO:

(...) pues la existencia de elementos valorativos en los tipos, de elementos que remiten a normas – jurídicas o no -, pone en cuestión la principal distinción llevada a cabo en la teoría del error y las consecuencias que se anudan a la misma por la doctrina mayoritaria y por diversas legislaciones: cuando alguien se equivoca sobre la concurrencia de un elemento normativo de tipo, estamos siempre ante un error de tipo excluyente del dolo o ante un error de prohibición? o tal vez hay que distinguir según que el error recaiga sobre el sustrato fáctico del elemento normativo o sobre la propia valoración o norma que le dota de sentido? No supondría ello una vuelta a la vieja distinción entre error de hecho y error de Derecho supuestamente superada? No habrá además supuestos en que el error sobre elementos normativos sea irrelevante? Como demuestran estas preguntas y se intentará ver a lo largo del presente trabajo, la naturaleza de los elementos normativos puso “patas arriba” la teoría del error en Derecho penal.²⁴

Apesar disso, grande dificuldade existe, como já antecipado, em definir com precisão o que se entende por elementos normativos, diferenciando-os dos elementos descritivos e de outras figuras correlatas, como as leis penais em branco, cuja expressão foi utilizada antes mesmo do desenvolvimento da noção de tipo legal, e de elementos de valoração global do fato, termo que passou a ser utilizado pela doutrina bem mais contemporaneamente, conforme se verá adiante. Pode-se deduzir que a problemática não se restringe ao âmbito do critério de imputação objetiva, permeando diversas categorias do fato punível. Desse modo, poder-se-á comprovar o espaço aberto de discussão na doutrina penal, com amplos reflexos na prática jurisprudencial.

1.2 CONCEITUAÇÃO DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO

Há quem sustente, com base numa concepção normativista extremada, que a distinção entre elementos descritivos e normativos seria impossível. Consideram que

²⁴ DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 42-43.

todos os elementos constitutivos de um tipo de ilícito seriam normativos, uma vez que todos concorreriam para a expressão do integral juízo de valor que ele traduz²⁵.

A distinção, porém, conforme aqui se sustentará, não é apenas possível, como também fundamental. A maneira de definir os elementos normativos não é unânime. Como afirma DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, quase todas as definições têm em comum a oposição entre elementos normativos e descritivos²⁶. No presente tópico, analisar-se-ão, inicialmente, as definições de elementos normativos que serão chamadas de *tradicionais*. Na seqüência, destacar-se-á a importância da Filosofia analítica para a discussão do tema, abordando-se as contribuições de penalistas que tentaram definir os elementos normativos sob essa perspectiva. Especial atenção receberão as propostas de DARNSTÄDT e BURKHARDT, baseadas na teoria dos fatos institucionais de SEARLE. Por fim, serão realizadas algumas especulações sobre uma possível revitalização das propostas de DARNSTÄDT e BURKHARDT com base na teoria atualizada de SEARLE, que sofreu grandes alterações a partir de 1995, com o fim de analisar se poderia haver alguma contribuição possível à delimitação e definição dos elementos normativos.

1.2.1 Concepções segundo a metodologia dogmática tradicional

Não se pretende, aqui, elaborar um minucioso histórico acerca da discussão dogmática com relação aos elementos normativos, abordando o posicionamento de todos os autores que trataram do assunto. Tentar-se-á buscar as concepções principais e, ao final, agrupá-las. Inicialmente, porém, para adequada compreensão e contextualização do assunto, retomar-se-á a origem da discussão.

Como já antecipado, afirma-se que a descoberta de elementos normativos no tipo penal foi feita por Max Ernst MAYER, em 1915. HELBLEGER²⁷, no entanto, aponta um trabalho de KOHLRAUSCH²⁸, publicado em 1904, num livro coletivo em

²⁵ Nesse sentido, vide, v.g., WOLF, Erick. **Die Typen der Tatbestandsmässigkeit**, 1931. Citado por DIAS, **Direito Penal**, p. 289. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO menciona, ainda, STRATENWETH, BOCKELMANN, KNUERT e DOPSLAFF. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 54-57.

²⁶ *Ibid.*, p. 42-43.

²⁷ HELBLEGER, M. Die deskriptiven und normativen tatbestandsmerkmale im Strafrecht. In **Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie**. Kronenberg: Athneäun, 1976. p. 124 a 154. Citado por SUAY HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 102.

²⁸ Trata-se do trabalho **Über deskriptive und normative Elemente im Vergeltungsbegriff des Strafrechts**, Halle, 1904. Citado por SUAY HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 102.

memória do centenário da morte de KANT, que tratou da existência de elementos normativos²⁹.

Consoante SUAY HERNÁNDEZ, nesse trabalho, de inspiração neokantiana, ele explica a diferença entre descrições e valorações³⁰. Os elementos normativos se caracterizam com precisões ontológicas, epistemológicas e sistemáticas, que correspondem aos seguintes aspectos: a) não são perceptíveis sensorialmente; b) referem-se a processos de valoração ou de compreensão intelectual não-descritivos; e, c) são elementos da antijuridicidade.

Ainda segundo a mesma autora, as três notas estão relacionadas com o elemento intelectual do dolo e com o erro. Na discussão dogmática, mantiveram-se as duas primeiras notas, mas não a terceira, posto que, majoritariamente, aceita-se que os elementos normativos são elementos do tipo e não da antijuridicidade³¹.

Independentemente dessa discussão, cabe consignar que no desenvolvimento posterior, duas foram as principais teorizações sobre a matéria. Por um lado, MEZGER sustentava que os elementos descritivos são aqueles que reproduzem determinados dados ou processos corporais ou anímicos, que são verificados de modo cognitivo. Já, os normativos, são todos os elementos cuja ocorrência pressupõe uma *valoração dos fatos*³². De outro lado, WELZEL defendia que os elementos normativos se diferenciam dos descritivos pelo fato de que seu conteúdo de significação só pode ser *compreendido intelectualmente*³³. Assim, para MEZGER, o autor tem que realizar uma *valoração*, enquanto, para WELZEL, o que tem que se realizar é um ato de *compreensão intelectual*.

De qualquer forma, para ambos, à imputação dolosa não basta o mero conhecimento dos fatos, nem é necessária uma exata subsunção por parte do autor,

²⁹ Vale destacar a seguinte advertência de DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO: “He entrecorrido en este epígrafe la palabra ‘descubrimiento’ porque el mismo, atribuído a M. E. MAYER, es lógicamente relativo. Los llamados elementos normativos del tipo existen evidentemente desde antes de que se teorizara sobre ellos. Pero es que tales elementos no habían pasado, como es lógico, desapercibidos a la doctrina y a la jurisprudencia anteriores a M.E. MAYER, sino que cuestiones relativas a algunos de ellos se discutían desde tiempo atrás; vid., como ejemplo, las opiniones de autores alemanes anteriores a M.E. MAYER en relación con el error, recogidas por TISCHLER, *Verbotsirrtum*, 1984, 45-60, en que se plantean cuestiones y ejemplos sobre elementos del tipo que hoy llamaríamos normativos. Por tanto, M.E. MAYER es ‘descubridor’ de los elementos normativos del tipo, en tanto cuanto les da nombre y reflexiona sobre ellos como conjunto o categoría”. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, ob. cit., p. 40.

³⁰ Essa diferenciação corresponde com um dualismo metodológico referente às ciências da natureza e às ciências do espírito, aceita pela Filosofia neokantiana.

³¹ Lembre-se que, naquela época, o tipo era considerado livre de conteúdos de valor.

³² MEZGER, **Derecho Penal**, p. 73.

³³ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 81-82.

que tem de compreender a significação do elemento típico em seu conteúdo material. Tais exigências constituem o que se conhece pelo nome de *valoração paralela na esfera do profano* (leigo), na expressão de MEZGER, ou de *juízo paralelo na consciência do autor*, na expressão de WELZEL.

Os estudos realizados posteriormente não trouxeram definições que permitissem uma adequada e precisa distinção entre elementos descritivos e normativos. De fato, apenas ENGISCH deu uma nova e importante contribuição, ao definir os elementos normativos como aqueles que só podem ser representados e concebidos sob o pressuposto lógico de uma norma³⁴. Os autores mais contemporâneos, em sua quase totalidade, trabalham com base nessas concepções, como se passará a analisar.

Para JESCHECK/WEIGEND, os elementos descritivos do tipo são conceitos que podem ser tomados tanto da linguagem cotidiana como do uso da linguagem jurídica e que descrevem objetos do mundo real. São suscetíveis de uma verificação fática e, por esse motivo, também podem ser concebidos como componentes descritivos ainda quando a determinação de seu mais exato conteúdo só se consiga por meio da referência a uma norma, mostrando, assim, em certa medida, um conteúdo jurídico. Ao contrário, segundo eles, valendo-se da citada proposição de ENGISCH, os elementos normativos do tipo aludem a premissas que só podem ser imaginadas sob o pressuposto lógico de uma norma. Dentro deles se encontram os verdadeiros conceitos jurídicos, os conceitos valorativos e os conceitos com relação de sentido. Também nos elementos valorativos está em jogo, na maioria das vezes, a realidade captável pelos sentidos, de modo que mostram, ainda assim, uma relação com o mundo dos fatos³⁵.

De acordo com DIAS, os elementos descritivos são aqueles apreensíveis por intermédio de uma atividade sensorial, isto é, os elementos que referem-se àquelas realidades materiais que fazem parte do mundo exterior e, por isso, podem ser conhecidas, captadas de forma imediata, sem necessidade de uma valoração. Ainda que seja exigida alguma valoração, serão considerados descritivos se preponderar a dimensão naturalística. Cita, como exemplos, a “pessoa”, a “mulher grávida”, o “corpo” e o “automóvel”. Já os elementos normativos seriam aqueles que só podem

³⁴ Citado por DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 48.

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 5ª ed. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 289.

ser representados e pensados sob a lógica pressuposição de uma norma ou de um valor, sejam especificamente jurídicos ou simplesmente culturais, legais ou supralegais, determinados ou a determinar. Não seriam, dessa maneira, sensorialmente perceptíveis, mas apenas espiritualmente compreensíveis ou avaliáveis. Nessa categoria enquadra o caráter “alheio” da coisa e o “documento” para efeito do crime de falsificação de documentos³⁶.

Especial destaque merece a concepção de ROXIN. Ele ressalta a importância da distinção entre elementos normativos e descritivos. Sustenta, porém, que não existem elementos puramente normativos ou puramente descritivos. Defende que os conceitos como de “ser humano” ou “coisa”, por exemplo, não podem ser precisados sem ajuda de valorações jurídicas. Assim, todos os elementos (quicá com a exceção de puros conceitos de medida) seriam normativos. Doutra via, a maioria dos conceitos normativos tampouco se apresenta como pura valoração, mas têm um substrato descritivo³⁷. De qualquer forma, ROXIN considera que se deve aceitar a definição de ENGISCH³⁸.

Diante do exposto, pode-se tentar agrupar os principais posicionamentos da seguinte maneira, como faz DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, de modo bastante claro e didático:

Creo que los dos grupos principales de definiciones de los elementos normativos son (1) las que se fijan en el proceso de aprehensión o entendimiento de los mismos y (2) las que se fijan en la conexión con otras normas de los elementos normativos del tipo. (...).

1. Las definiciones que se fijan en el *modo de aprehensión o entendimiento* de los elementos del tipo para clasificarlos en descriptivos y normativos pueden resumirse en ésta: elementos descriptivos del tipo son aquellos – externos o internos – aprehensibles o comprensibles por la mera observación sensorial, es decir, aquéllos accesibles a la percepción sensorial, mientras que los elementos normativos del tipo no son accesibles a esa percepción, sino que es necesario un proceso de comprensión intelectual o espiritual o un proceso valorativo – según algunos reservado al juez – para comprenderlos o aprehenderlos en toda su significación.

2. Otras veces se define los elementos normativos por su conexión con normas, es decir, por el hecho de que los mismos remiten a o presuponen una norma – jurídica o no -, de modo que para determinar su contenido hay que acudir a normas. En este sentido, se cita con frecuencia a ENGISCH: “Los elementos normativos se refieren a datos que exclusivamente pueden ser representados y pensado bajo el presupuesto lógico de una norma”. No muy lejos de estas definiciones se encuentran aquellas que señalan que los elementos normativos remiten a relaciones o situaciones jurídicas, pues

³⁶ DIAS, **Direito Penal**, p. 288.

³⁷ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 306-307.

³⁸ *Ibid.*, p. 307.

éstas necesariamente se sustentan en normas, aunque quizá tales definiciones olvidan la remisión a normas extrajurídicas. Conviene advertir también que entre este grupo de definiciones y las del punto 1 no existe normalmente una diferencia o desconexión drástica. Y ello no solo porque a veces se encuentren las dos ideas en una misma definición, sino porque la remisión a normas implica que de alguna manera (por quien actúa, por el juez, etc.) se ha de realizar una integración valorativa (a partir de la norma que sustenta al o la que se remite el elemento normativo del tipo) para conocer el contenido del elemento de que se trate; o, a la inversa, el acto de valoración integradora implica una referencia a normas.³⁹

Como se passará a analisar, esses posicionamentos principais, normalmente utilizados pela doutrina penal, são criticados por não trazerem um critério preciso de delimitação entre elementos normativos e descritivos, o que levou alguns doutrinadores a buscar subsídios na Filosofia analítica para tentar alcançar definições mais exatas.

1.2.2 Crítica às concepções tradicionais e a opção de alguns doutrinadores pela Filosofia analítica

Sobre as críticas realizadas às teorizações referidas no tópico anterior, basta destacar a síntese feita por SUAY HERNÁNDEZ. De acordo com ela, os elementos normativos, caracterizados de tal maneira, resultam excessivamente imprecisos diante do que requer a segurança jurídica. Não se sabe exatamente o que são, como se pode os reconhecer, nem como opera o procedimento pelo qual se constata se o agente os abarcou intelectualmente em medida suficiente⁴⁰.

A mesma autora, registra, ainda, que a partir dos pressupostos da Filosofia analítica, HERBERGER criticou os aspectos essenciais das posições tradicionais. O critério da não percepção sensorial é elementar e intuitivo, não sendo útil para definir os elementos normativos. Além disso, freqüentemente, gera confusões terminológicas e de níveis de linguagem. O critério da compreensão intelectual, inicialmente defendido por WELZEL, não diferencia corretamente entre a extensão e a intensão⁴¹ dos termos. Vale transcrever o seguinte trecho:

³⁹ DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 45-49.

⁴⁰ SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 109-110.

⁴¹ Intensão e extensão são dois conceitos da Filosofia analítica, cujos conteúdos serão analisados na seqüência. No entanto, cabe desde já registrar que a intensão é um conjunto de descrições mentais que pode ser satisfeito por algum aspecto da realidade. A extensão corresponde a um valor de verdade, que surge a partir da efetiva correspondência entre as descrições mentais e um aspecto da realidade.

El *criterio de la complementación valorativa* tiene dos formulaciones. La primera caracteriza a los elementos normativos como conceptos vacíos; en este caso el juez goza de una amplia libertad para darles contenido, incluso con valoraciones extralegales. Con razón, esta primera formulación es inaceptable para Herberger. En la segunda formulación la complementación valorativa es una forma de precisión de aquellos elementos con componentes descriptivos vagos. Pero este caso se realiza una operación que ya es similar al procedimiento con el que se concretan expresiones descriptivas con intensión vaga. Sin embargo, la valoración de la primera formulación difiere sensiblemente del método de precisión de la segunda. Pues en este caso el juez ha de fundamentar qué elementos introduce, desecha o modifica o por qué lo hace; de este modo se pueden delimitar las modificaciones jurisprudenciales: habrá una modificación cuando los objetos que con seguridad caen bajo la 'vieja' intensión, sólo parcialmente pueden ser incluidos en la 'nueva' intensión (Herberg, 1976: 145 y s.).⁴²

Diante dessas críticas às formulações tradicionais, alguns autores passaram a buscar outros métodos para definir os elementos normativos e os elementos descritivos, procurando subsídios, especialmente, na Filosofia analítica. Consoante SUAY HERNÁNDEZ, o método analítico resultaria mais claro e racionalmente mais fundado que o procedimento valorativo⁴³.

Apesar de, realmente, o instrumental teórico da Filosofia analítica deixar mais claro alguns aspectos da discussão dos elementos normativos e do erro sobre eles incidente, por outro lado há a complicação referente à utilização de conceitos alheios aos jurídicos penais, com toda a problemática que isso envolve, especialmente pela constatação de o emprego de cada termo na Filosofia analítica ser bastante discutido e controvertido.

Assim, antes de adentrar na análise das abordagens feitas por esses penalistas, faz-se imprescindível tecer breves comentários sobre o que se entende por Filosofia analítica e, por quais razões, tais doutrinadores consideraram que ela seria útil para a definição dos elementos normativos e descritivos⁴⁴. Na seqüência, apresentar-se-ão os principais conceitos utilizados pelos filósofos analíticos, de modo a tornar o texto mais compreensível.

Com a utilização do termo Filosofia analítica, comumente, pretende-se fazer referência a uma ampla variedade de concepções filosóficas preocupadas com a

⁴² SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 109-110.

⁴³ Ibid., p. 110.

⁴⁴ Sobre a utilidade da Filosofia analítica para o Direito penal, demonstrando-se favorável a sua utilização, vide CIDE MOLINE, Jose; MORESO MATEOS, Jose Juan. Derecho Penal y filosofía analítica: (A propósito de Diritto e ragione de L. Ferrajoli). **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madri, Fascículo I, p. 143-178, 1991. p. 143 e ss.

análise da linguagem, acentuando-se a necessidade de que tal estudo possua uma referência empírica. Costuma-se incluir no campo da Filosofia analítica as teorias do Círculo de Viena⁴⁵, os trabalhos de WITTGENSTEIN⁴⁶, o racionalismo crítico de POPPER⁴⁷, o construtivismo da escola de Erlangen⁴⁸, assim como as obras dos chamados filósofos da linguagem cotidiana (*ordinary language philosophy*) de Oxford⁴⁹.

⁴⁵ O círculo de Viena surgiu na Áustria como uma reação à Filosofia idealista que prevalecia nas universidades alemãs. Uma das principais contribuições do Círculo de Viena foi a noção de verificabilidade. De acordo com tal princípio, o sentido de uma proposição está intrinsecamente relacionado à sua possibilidade de verificação. Isso quer dizer que uma sentença só possui significado se alguém puder dizer em que condições tal sentença é verdadeira ou falsa. Especificar as condições em que uma sentença é verdadeira equivale a apontar as possibilidades empíricas de verificar a verdade ou a falsidade da sentença em questão. Um dos maiores representantes do Círculo de Viena foi Rudolf CARNAP que estava, sobretudo, preocupado com questões referentes ao conhecimento científico. CARNAP indagava, tendo em vista o critério da verificabilidade, sobre como poderiam as proposições epistemológicas fazer sentido se estas não se referem aos fatos, mas às proposições que se referem aos fatos. A solução apresentada foi a de considerar que a circunstância de as proposições epistemológicas se referirem às proposições que se referem aos fatos, não indica que aquelas não possuem sentido, uma vez que as proposições epistemológicas seriam referentes à linguagem empregada para se referir aos fatos, o que implicaria que a tarefa da Filosofia seria a de depurar a linguagem científica de suas imprecisões, construindo linguagens que obedecessem a um rigor lógico-sintático. Para mais esclarecimentos vide GRANGER, Gilles Gaston. Círculo de Viena. In: IMBERT, Claude et al. **Filosofia Analítica**. Trad. Jorge Manuel Fernandes Pires. Lisboa: Gradiva, s/a. p. 83-86.

⁴⁶ WITTGENSTEIN publicou seu *Tractatus lógico-philosophicus* em 1921. Nele, expõe, em 75 páginas de aforismos, que o único uso correto da linguagem é o exprimir os fatos do mundo, que as regras *a priori* desta linguagem constituem a lógica, que o sentido ético e estético do mundo revelam o indizível e que a Filosofia, no seu esforço para mostrar as armadilhas da linguagem, condena-se finalmente ela mesma ao silêncio. Até 1929, WITTGENSTEIN adapta a sua vida a esta conclusão. Depois aceita voltar a Cambridge e aí ensinar. Prepara, então, por meio de numerosos ensaios, um conjunto de observações intitulado *Philosophische Untersuchungen*, cujo texto está mais ou menos acabado quando falece. Aí retoma a idéia de uma elucidação da linguagem, examinando, dessa vez, a linguagem usual para nela procurar o estatuto e as condições da significação das palavras, que constituem a sua gramática filosófica. A influência de WITTGENSTEIN difundiu-se rapidamente nos países de língua inglesa. Atualmente, ela cresce em extensão, senão em profundidade, tendo-se a linguagem tornado um tema filosófico maior. Ela teve uma ação decisiva sobre os filósofos do Círculo de Viena, nos anos 30, e sobre os da escola analítica, nos anos 50, sem que WITTGENSTEIN se tenha alguma vez reconhecido nas obras de qualquer deles. Nesse sentido, vide GRANGER, Gilles Gaston. Ludwig Wittgenstein (1889-1951). In: IMBERT, Claude et al. **Filosofia Analítica**. p. 73-81.

⁴⁷ O racionalismo crítico de POPPER nasceu como uma tentativa de confrontar o critério da verificabilidade dos positivistas do Círculo de Viena. De acordo com POPPER, o critério para se definir se uma teoria seria científica ou não é o da falsificabilidade, ou seja, ao invés de obter a confirmação da teoria pelos dados, conforme queriam os positivistas do Círculo de Viena, mais adequado seria propor um enunciado para falsificar a teoria e testá-lo nas observações e experimentações. Sobre a obra de POPPER vide ARMENGAUD, Françoise. Karl Raimund Popper. In: IMBERT, Claude et al. **Filosofia Analítica**. p. 103-108.

⁴⁸ O construtivismo da Escola de Erlangen representa um tipo de teoria não naturalista em que a linguagem estabelecerá as condições de todo o discurso racional. Por outro lado, a racionalidade dependerá de um procedimento capaz de assegurar um novo começo: o "pensamento metódico" é a disciplina do pensar e da linguagem. Sobre a escola de Erlangen, vide ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 117-129.

⁴⁹ Trata-se de um grupo de filósofos que adotava como objeto de estudo a linguagem natural. Os maiores representantes dessa corrente de pensamento foram professores de Oxford, como Peter Frederick STRAWSON e John Langshaw AUSTIN. O que justifica a comumente classificação desses

De acordo com ZASLAWSKY, vários filósofos se disseram e se dizem ainda analistas. A par da denominação, possuem em comum a idéia de que determinado tipo de análise é filosófica, ou seja, de que a Filosofia é análise. Os primeiros termos utilizados por eles (“frase”, “proposição”, “significação”) sublinham de imediato o caráter lingüístico da escola. Para eles, o objeto da Filosofia seria aquilo a que se chamou tecnicamente “um domínio de segundo grau”. Sua tarefa não seria descrever, explicar ou transformar o mundo, ou mesmo produzir enunciados de um novo gênero, mas fornecer uma análise da significação dos enunciados científicos e do senso comum que não se põem em dúvida. Os analistas não pretendem desencorajar as aproximações intuitiva e especulativa⁵⁰.

Do mesmo autor, merece transcrição o seguinte trecho:

A tradição que eles formam desde há mais de sessenta anos centrou-se em torno de duas questões, modestas na aparência: *What do you mean?* e *How do we know?* (“O que quer dizer?” e “Como conhecemos?”). Imediatamente se evoca o inquérito socrático e se inquire o que caracteriza esta análise filosófica do projecto crítico. Não basta observar que a segunda questão pressupõe para eles a primeira e esta uma outra mais explícita: *How do we speak?* (“Como falamos?”). Trata-se de compreender como se alcançou este acordo minimal que, antes de mais, faz da filosofia um inquérito sobre a linguagem. Conduzir-se-á este inquérito descrevendo as origens, as formas da análise filosófica, as fases da sua história, os pólos dos seus interesses e evidenciando a partir dos seus pressupostos o vigor do pensamento filosófico.⁵¹

Para que se consiga visualizar pelo menos um traço diferencial entres as diversas correntes chamadas de analíticas, pode-se utilizar uma analogia de MUGUERZA⁵² que afirma que, inicialmente, os filósofos analíticos se interessaram pela dimensão *gramatical-sintática* da linguagem (pelas relações entre os termos e os signos utilizados), pelo “esqueleto” da linguagem. Logo passaram a uma segunda etapa, interessando-se pelo “sistema nervoso”, que são as relações *semânticas* entre os signos e seus significados, ou melhor, seus referentes reais. Finalmente, interessaram-se pela dimensão *pragmática*, pelas relações entre os signos e seus usuários, assim como as destes entre si e com seu contexto.

filósofos como o grupo de OXFORD, é, ainda, o fato de que a principal influência desses pensadores foram os trabalhos que marcam a chamada segunda fase de WITTGENSTEIN, que é associada à concepção do significado como uso das expressões, num determinado contexto, de acordo com regras. JACQUES, Francis. Peter Frederick Strauson. In: IMBERT, Claude et al. **Filosofia Analítica**. p. 123-129.

⁵⁰ ZALAWSKI, Denis. *Filosofia Analítica*. IMBERT, Claude et al. **Filosofia Analítica**. p. 5-47. p. 5-6.

⁵¹ *Ibid.*, p. 6.

⁵² MUGUERZA, Javier. **La concepción analítica de la filosofía**. 2º vol. Madrid: Alianza, 1990. p. 93.

Pode-se dizer que os primeiros filósofos analíticos foram RUSSEL e MOORE, sendo que a principal característica desses pensadores da fase inicial da Filosofia analítica foi o repúdio ao idealismo Hegeliano⁵³. RUSSEL e MOORE argumentaram contra o posicionamento de que a realidade seria totalmente mental, no que defenderam que a realidade seria formada tanto por entidades abstratas quanto materiais, o que significaria que mesmo os fenômenos mentais e abstratos poderiam ser analisados como partes constitutivas da realidade⁵⁴.

Além disso, com a posterior contribuição dos primeiros trabalhos de WITTGENSTEIN, delimitou-se um aspecto importante dessa fase inicial da Filosofia analítica, no que consagra uma perspectiva de *análise lógica da linguagem*, no sentido de se considerar que a linguagem corrente esconde as estruturas reais do pensamento (assim como um vestido pode esconder a forma verdadeira do corpo), o que exigiria que o filósofo da linguagem tivesse como objetivo revelar a verdadeira estrutura do pensamento.

Já no que se refere ao que MUGERZA considera como a segunda fase da Filosofia analítica, pode-se dizer que CARNAP seja o seu principal representante, uma vez que enfatizou o caráter formal da semântica, o que implica que o significado de uma expressão deva ser explicado em termos da coisa que ele denota. Segundo a sua concepção, a sintaxe estuda as frases, a semântica e as proposições. À pragmática compete uma elucidação dos atos lingüísticos e do contexto em que são desempenhados, isto é, os atos de fala e as expressões indexicais⁵⁵ esgotariam o campo da pragmática.

É a terceira fase da Filosofia analítica, porém, que mais tem influenciado a teoria jurídica e filosófica contemporânea. Teve início com GRICE e AUSTIN, ressaltando que o conceito fundamental para uma elucidação do significado é o de uso das expressões lingüísticas, o que seria uma decorrência da idéia de que a relação entre as palavras e o mundo não existiria “in vacuo”, pois envolve ações intencionais por parte dos locutores.

⁵³ A idéia central que caracteriza o idealismo HEGELIANO se expressa de modo sintético em sua asserção de que “o real é racional”.

⁵⁴ Uma boa síntese da obra de RUSSEL e MOORE se encontra em ARMENGAUD, Françoise. In: IMBERT, Claude et al. **Filosofia Analítica**. p. 49-70.

⁵⁵ Expressões indexicais são expressões como: eu, você, este, aquele, aqui, agora, ele, ela, etc. De acordo com SEARLE, o traço definidor das expressões indexicais de referência é simplesmente que ao as emitirem, os falantes fazem a referência por meio das relações de indicação que o objeto referido guarda com a emissão da própria expressão. Sobre o assunto vide SEARLE, John Rogers. **Intencionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 308.

Coube ao filósofo contemporâneo SEARLE⁵⁶ unir as principais contribuições de seus antecessores para formular uma teoria do significado. De WITTGENSTEIN, reteve a idéia de que a fim de entender o significado deve-se olhar para o uso que os seres humanos fazem da linguagem em situações comunicativas cotidianas, tendo associado a idéia de AUSTIN de que a unidade básica da comunicação lingüística humana não é a palavra ou frase, mas o ato de fala. A essas duas idéias juntou a noção de GRICE no sentido de que para apreender o que uma pessoa significou por uma determinada enunciação é necessário saber com que intenção a enunciação foi feita.

Realizadas essas considerações, tentar-se-á esclarecer por quais razões alguns penalistas foram buscar subsídios na Filosofia analítica para delimitar os elementos normativos e descritivos do tipo, apesar de isso já transparecer das explicações feitas.

Como se constata sem maiores dificuldades, a discussão sobre os elementos normativos e descritivos tem como ponto de partida as palavras, visto que se trata do meio utilizado para se referir a objetos e ações, assim como para compartilhar as informações sobre eles com outras pessoas. Dessa maneira, o melhor método de trabalho para tratar de descrições e normatizações seria proporcionado, segundo defendem, pela Filosofia analítica.

Seria ela capaz de explicar a relação entre a experiência sensorial e a prática lingüística, sem reducionismos. Há muito tempo os filósofos analíticos têm buscado explicar a complexa relação existente entre os fatos naturais e institucionais, abordagem que, transposta ao Direito penal, estaria estritamente vinculada à existente entre os elementos descritivos e os normativos. Dentre os esforços empreendidos, destaca-se a busca por uma interdisciplinaridade entre Física, Sociologia, Psicologia, Direito, Biologia e outros ramos do conhecimento.

⁵⁶ Pode-se indicar como principais obras de John Searle: *Meaning and Speech Acts*. In *Philosophical Rev.* 71. 1962; *Speech Acts*. Cambridge, University Press, 1969; *Intencionalidade*: um ensaio em filosofia da mente. Trad. Julio Fisher e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2002.; *Mente, Cérebro e Ciência*. Lisboa: Edições 70, 1984; *The Rediscovery of the Mind*. Cambridge: MIT Press, 1992; *The Construction of Social Reality*. 1ª ed. New York: Free Press, 1995; *The Philosophy of Language*. (Original publicado em 1958). Oxford: Oxford University Press, 1996; What is a Speech Act? In Martinich, A. (Org.), *The Philosophy of Language*. (Original publicado em 1965). Oxford: Oxford University Press, 1996; *O Mistério da Consciência*. São Paulo: Paz e Terra, 1998; *Mente, Linguagem e Sociedade*: Filosofia no Mundo Real. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2000; *Freedom and neurobiology*: Reflexions on free will language and political power. New York: Columbia University Press, 2007.

Com efeito, a diferenciação entre elementos normativos e descritivos estaria proximamente ligada à própria distinção entre ciências da natureza e do espírito, entre o mundo do ser e do dever ser. Explicar como se dá a relação entre esses “mundos” tem sido o objetivo das principais escolas filosóficas do Direito ao longo dos tempos, para não dizer da própria Filosofia.

Dada a importância da linguagem para a constituição dos fenômenos sociais, o que inclui o Direito penal, seria adequado utilizar um método filosófico que trabalhe com a linguagem, mas que não ignore que esta é apenas mais um aspecto de um mundo complexo, não sendo todo o mundo⁵⁷. A Filosofia analítica poderia contribuir, portanto, para explicar como as pessoas utilizam a linguagem para se relacionar com o mundo, ou seja, deveria explicar o que as leva a utilizar termos como descritivo e normativo, ainda que não se tenha uma definição clara de cada um desses elementos.

Por fim, cabe destacar as considerações de SUAY HERNÁNDEZ a respeito do tema:

Frente a las posiciones tradicionales, las que parten de los presupuestos de la Filosofía analítica suponen un giro metodológico, sin que por ello se hayan de desvincular, necesariamente, de las aportaciones de las anteriores. Hay que tener en cuenta que entre las posiciones tradicionales, cada vez gana mayor número de adeptos la tesis que relativiza la distinción de los elementos normativos en el tipo. Este es precisamente el punto de contacto con las posiciones que si parten de presupuestos lingüísticos; pues desde esta perspectiva, todos los términos que integran la redacción legal se asemejan en que su significado se puede determinar a través de un mismo procedimiento. Lo cual supone que, de partida, no se establecen diferencias, sin que ello haya de impedir ulteriores distinciones entre los términos legales. La línea tradicional que se inicia con Meyer, caracteriza a los elementos normativos a través de las categorías dogmáticas: los elementos normativos no son *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, sino *ratio essendi*. Por el contrario, la línea posteriormente y en el caso que se estimara conveniente, establecer distinciones sistemáticas entre los diversos términos de las redacciones legales.⁵⁸

Sendo assim, tenta-se justificar a opção pela Filosofia analítica, sob o pressuposto de que, em suas mais variadas correntes, teria buscado, ao longo dos anos, explicar como a mente se relaciona com a linguagem para formar o que se chama de fatos sociais. Com isso, os penalistas que se valem desses subsídios

⁵⁷ Nesse sentido, explicando a distinção entre a linguagem concebida como fato institucional vide PUIG, Santiago Mir. Limites del normativismo en Derecho Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 64, ano 15, p. 197-220, 2007. p. 220.

⁵⁸ SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 111.

acreditam que poderiam alcançar um conceito mais claro e racionalmente mais fundado.

1.2.3 Posições doutrinárias baseadas na Filosofia analítica

As posições doutrinárias jurídicas baseadas na Filosofia analítica surgiram na década de setenta, especialmente com as formulações de DARNSTÄDT e HERBERGER. Conforme SUAY HERNÁNDEZ, nos anos oitenta e noventa, também surgiram importantes construções realizadas por BURKHARDT, SCHÜLUCHTER, Arthur KAUFMANN, KINDHÄUSER e PUPPE⁵⁹.

Antes de adentrar na análise individualizada dos principais posicionamentos, faz-se necessário trazer esclarecimentos sobre alguns termos próprios da Filosofia analítica, com o intuito de tornar a explicação que virá na seqüência mais compreensível.

Imprescindível advertir, no entanto, que a Filosofia analítica é um campo em que o significado de seus conceitos fundamentais costuma ser muito controvertido. De qualquer modo, algumas considerações sobre alguns termos podem ajudar a tornar mais claras as teorizações formuladas por referidos penalistas.

Uma distinção básica se dá entre sintaxe, semântica e pragmática. De um modo didático, pode-se dizer que sintaxe se ocupa do estudo das relações entres os signos lingüísticos, independentemente das relações destes com o seu significado. Por exemplo, a palavra “cachorro” é formada por oito letras, cabendo à sintaxe explicar como é possível o estabelecimento de relações entre cada um desses signos, a fim de ser criado um signo complexo⁶⁰.

Já a semântica é o campo no qual é estudado o significado das palavras, ou seja, no exemplo utilizado, caberia ao estudo semântico elucidar o que faz com que a palavra “cachorro” signifique o animal que representa, o que implica responder

⁵⁹ SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 112.

⁶⁰ Para uma análise aprofundada vide ÉMILE, Benveniste. **Problemas de linguística geral**. 4ª ed. Campinas: Pontes, 1995. p. 136. Para um estudo aprofundado de um ponto de vista da Filosofia da mente, vide PINKER, Steven. **Como a mente funciona**. São Paulo: Companhia das letras, 1998. p. 130.

questões como se o termo “cachorro” contém alguma imagem do que seja “cachorro” ou seria apenas uma cadeia de signos escolhidos arbitrariamente⁶¹.

A pragmática, por seu turno, buscará explicitar o processo por meio do qual as pessoas utilizam a palavra “cachorro” para se referir a um cachorro, ou seja, trata-se do estudo da utilização contextual das palavras pelos falantes em geral⁶².

Deve-se uma vez mais advertir que as distinções estabelecidas aqui, embora sejam definições costumeiras do que seja sintaxe, semântica e pragmática, possuem apenas caráter didático e superficial, principalmente tendo em vista que existem teorias que vinculam a semântica à pragmática. Além disso, autores contemporâneos, como SEARLE, não entendem que a unidade básica da comunicação seja a proposição, mas o ato de fala.

A própria sintaxe, ainda, dependeria da existência de um sistema biológico, chamado por CHOMSKY de “dispositivo de aquisição da linguagem”, ou seja, todos nasceriam com uma espécie de gramática universal subjacente a todos os idiomas falados⁶³. Em suma, a distinção não é estanque, além de ter seu significado pleno variante conforme o campo lingüístico e filosófico adotado.

Além da distinção entre sintaxe, semântica e pragmática, deve-se ter cuidado ao interpretar o conceito de intensão e extensão, utilizados por autores como HERBERGER, em sua crítica a WELZEL, e SCHLÜCHTER, na fundamentação de sua teoria. A questão é complexa, já que o significado fundamental de tais termos depende da posição que se adote sobre o fato de a intensão determinar a extensão ou o contrário. Lembre-se que, superficialmente, pode-se dizer que a intensão é um conjunto de descrições mentais que pode ser satisfeito por algum aspecto da realidade. A extensão corresponde a um valor de verdade, que surge a partir da efetiva correspondência entre as descrições mentais e um aspecto da realidade.

De acordo com o primeiro posicionamento, as intenções estabelecem certas condições que determinada coisa tem de satisfazer para poder ser parte da

⁶¹ ÉMILE, Benveniste. **Problemas de linguística geral**. p. 136. Para um estudo sobre as diversas concepções de semântica e de sua relação com a sintaxe, vide OSAKABE, Haquira. **Argumentação e discurso político**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 189-215.

⁶² Ademais, destacando corretamente que os componentes sintático, semântico e pragmático se encontram indissoluvelmente integrados, vide KOCH, Ingedore G. Villaça. **Argumentação e linguagem**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 87. Para um estudo aprofundado, a obra clássica é SEARLE, John Rogers. **Speech Acts**. Cambridge, University Press, 1969.

⁶³ De acordo com CHOMSKY, seria apenas um componente do sistema total de estruturas intelectuais que podem ser aplicadas à resolução de problemas e à formação de conceitos, ou seja, uma das faculdades da mente. CHOMSKY, Noam. **Aspectos da teoria da sintaxe**. Coimbra, 1975. p. 140.

extensão da intensão relevante⁶⁴. Assim, por exemplo, quando alguém diz que está chovendo, estabelece certas condições de satisfação como “deve estar caindo água em uma determinada quantidade”, ou seja, a extensão consiste naquela parcela da realidade que satisfaz as condições impostas pela intencionalidade. Todavia, a extensão não pode ser confundida com o objeto não mental (chuva) que satisfaça as condições de satisfação, pelo simples motivo de que tanto a extensão como a intensão são fenômenos internos ao agente.

Já para aqueles que defendem que a extensão determina a intensão, a extensão não dependeria de um estado psicológico, mas de fatores externos à mente do indivíduo⁶⁵.

Outro termo que aparecerá, principalmente, na teoria de SCHLÜCHTER, que precisa ser esclarecido é o termo “estado de coisas” (“sachverhalt”). No contexto do *Tractatus* de WITTGENSTEIN, “sachverhalt” significa uma concatenação possível de objetos no mundo (mental ou real) que pode ser ou não ser atual, ser ou não ser um fato⁶⁶.

Feitos esses breves esclarecimentos, pode-se passar à análise das teorias de penalistas sobre os elementos normativos, desenvolvidas com base na Filosofia analítica.

Para HERBERGER, a interpretação teleológica usual dos termos legais faz com que não se possa estabelecer diferença alguma entre descrição e norma, entre *elementos descritivos* e *normativos*, pois toda interpretação teleológica é valorativa. Diferencia, então, entre *expressões descritivas* e *valorativas*. Estas contêm um componente descritivo e outro emotivo, diferentemente das descritivas, que contêm apenas um componente descritivo. Os componentes descritivos referem-se às qualidades dos objetos e possibilitam, assim, sua identificação. O componente emotivo transmite uma valoração dos objetos e desempenha o mesmo papel que a intensão nos elementos descritivos. É por isso que não deve ser levada em

⁶⁴ SEARLE, **Intencionalidade**, p. 287.

⁶⁵ Vide o interessente e polêmico trabalho de PUTNAM, Hilary. **Mind, language and reality**. Cambridge University press, 1975. p. 215-271.

⁶⁶ Há muita polêmica sobre o significado do termo “sachverhalt”. Todavia, levando-se em conta o contexto da obra de WITTGENSTEIN, deve-se entender o termo como um pensamento, uma figuração lógica que pode ou não corresponder à realidade externa a mente. Para uma exposição acerca desse entendimento, vide STENIUS, Erik. **Wittgenstein's Tractatus: A Critical Exposition of its Main Lines of Thought**. Westport: Greenwood Press, 1981.

consideração na valoração paralela, pois nesse âmbito só é relevante o componente descritivo da expressão valorativa⁶⁷.

Dessa concepção, destaca-se a crítica às posições tradicionais, anteriormente já referidas. No entanto, a solução que propõe, segundo SUAY HERNÁNDEZ, é análoga à solução dos conceitos complexos⁶⁸, e tem que ser objetada no sentido de que os componentes emotivos não podem ser totalmente reduzidos a seus elementos fáticos ou descritivos⁶⁹.

A concepção de DARNSTÄDT, por sua vez, é de grande relevância, já que foi o primeiro a se utilizar do arcabouço teórico da Filosofia analítica para tratar a questão dos elementos normativos e do erro sobre eles incidente, baseando-se em SEARLE e sua distinção entre fatos naturais, sociais e institucionais. Todavia, cumpre desde já advertir que elaborou seu estudo na década de setenta, partindo de uma definição de fato institucional que foi posteriormente aprimorada por SEARLE.

DARNSTÄDT, diferentemente de HERBERGER, não aceita a caracterização dos elementos normativos baseada exclusivamente em qualidades valorativas. As expressões valorativas, consoante DARNSTÄDT, seriam aquelas que teriam um componente descritivo e outro de opinião ou recomendação. Os elementos do tipo penal, como símbolos lingüísticos, vinculam determinadas qualidades aos correspondentes objetos.

Com base em SEARLE, DARNSTÄDT diferencia entre fatos naturais e institucionais. Os fatos naturais referir-se-iam a estados físicos ou psíquicos ou qualidades que podem ser descritas totalmente com base neles. Já os institucionais seriam os naturais que possuem relevância para os membros da sociedade, que possuem uma função atribuída socialmente. Diante dessa perspectiva, define os

⁶⁷ HERBERGER, M. Die deskriptiven und normativen tatbestandsmerkmale im Strafrecht. In **Juristische Methodenlehre und analytische Rechtsphilosophie**. Kronenberg: Athneäun, 1976. p. 141 e ss. Citado por SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 112-113.

⁶⁸ O conceito complexo seria um conceito jurídico que coincidiria com o elemento normativo por também se referir a um estado de coisas valorado. Todavia, os elementos complexos se diferenciariam dos normativos no modo pelo qual seria abarcado pelo dolo. Nos elementos normativos o dolo deveria compreender o conhecimento de um estado de coisas e o conhecimento do significado da valoração, com a ressalva de ser um conhecimento na esfera do leigo. Já no caso dos elementos complexos, seria suficiente um conhecimento na esfera do leigo do estado de coisas, sendo que um erro sobre a valoração, ou melhor, da não valoração do sujeito sobre os elementos do fato corretamente conhecidos como conceito complexo não excluiria o dolo devendo ser tratado como erro de subsunção. Nesse sentido, vide DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 101-102.

⁶⁹ SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 113.

elementos normativos como sendo elementos referidos a fatos institucionais, vale dizer, fatos aos quais se assinala uma qualidade social⁷⁰.

Conforme explica DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, ao comentar a teoria de DARNSTÄDT, o fato de que um homem e uma mulher emitam determinadas palavras diante de um funcionário pode adquirir relevância pela convenção de que tal comportamento produz conseqüências jurídicas, isto é, as do matrimônio. Outro exemplo é no sentido de que a relevância social de um documento é a de ser importante para a prova. Caso se elimine mentalmente essa propriedade conferida ao documento, resta, tão-somente, um papel escrito, mas não um documento⁷¹.

Conseqüentemente, então, o dolo do autor de um determinado crime tem que abarcar essas qualidades institucionais ou a relevância social do fato. No caso do documento, *v.g.*, se alguém queima um papel pensando ser um rascunho sem relevância, não age com dolo de destruição de documento público.

O que mais se destaca na teoria de DARNSTÄDT é o fato de que ele considera que nos elementos normativos sobreleva-se a necessidade de o sujeito conhecer uma específica propriedade social atribuída, como a de que um determinado papel é considerado como um meio de prova no âmbito jurídico.

Convém destacar, ainda, que quando DARNSTÄDT afirma que determinados elementos naturais possuem uma propriedade social que lhes modifica, transformando-os em elementos normativos, acaba deixando implícito o fato de que parte da realidade é composta por relações entre mente e mundo. Contudo, o autor deixa sem responder, até porque SEARLE não respondia naquela época, à questão sobre como a mente se relaciona com objetos não mentais e com a linguagem para formar esse importante seguimento da realidade social que são os fatos institucionais, pergunta que terá uma resposta oferecida nos trabalhos posteriores do filósofo americano⁷², como se verá.

A crítica que se faz, no entanto, é no sentido de que DARNSTÄDT não teria introduzido modificações relevantes, mas, apenas, reformulado a posição de WELZEL com a terminologia própria da Filosofia analítica⁷³.

⁷⁰ DANSTÄDT, Thomas. Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht. In **Juristische Schulung**. p. 441-447. Citado por SUAY HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 113. E, ainda, por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 51 e ss.

⁷¹ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 52.

⁷² Para uma explicação concisa de como tal fenômeno de extrema complexidade ocorre vide SEARLE, **Mente, linguagem e sociedade**.

⁷³ SUAY HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 113.

BURKHARDT, também baseado em SEARLE, igualmente crê que os elementos normativos do tipo são aqueles que designam fatos institucionais⁷⁴. Sua contribuição torna-se relevante por enfatizar de maneira clara a importância das regras constitutivas na criação da realidade institucional. Tais regras, como melhor será analisado adiante, são as que fazem mais do que regular um dado comportamento, uma vez que seu seguimento cria um fato que não existe sem ela. O exemplo mais comum de regras constitutivas são as de um jogo de xadrez, pois este só existe no momento em que determinados agentes seguem as regras que constituem o jogo. Do mesmo modo, se não houvesse regras que definissem o que se deve entender por propriedade, não existiriam coisas alheias⁷⁵.

Sendo assim, sobreleva-se em importância o trabalho de BURKHARDT, no sentido de destacar claramente um fundamental elemento para a formação da realidade institucional, ou seja, as regras constitutivas.

Por seu turno, KINDHÄUSER distingue elementos descritivos e normativos pela referência dos primeiros a qualidades ou propriedades *naturais* e dos segundos a qualidades ou propriedades *convencionais*. Os elementos descritivos do tipo se referem a qualidades naturais e se atribuem aos objetos no marco de juízos teóricos. Os juízos teóricos implicam a constatação e a aclaração de um *factum brutum*, no sentido de que dizem o que é, expressam as qualidades que caracterizam o objeto no mundo.

Os elementos normativos referem-se a qualidades convencionais e os objetos são assinalados ao marco de juízos práticos. Os juízos práticos aludem a como devem ser realizadas as ações, quando são verdadeiras ou falsas. Expressam aquilo que rege o que está em vigor, mas não dizem como são os objetos ou como se os identificam. São qualidades que devem sua existência a uma regra social. Os elementos normativos são valorativos e somente são utilizados para comparar ou graduar. As avaliações não são expressões de sentimentos, mas comunicam um conteúdo assertivo. Proporcionam um dado acerca do lugar que ocupa o objeto valorado numa escala que responde a um padrão aceito para valorar tal classe de objetos⁷⁶.

⁷⁴ DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 52.

⁷⁵ Id.

⁷⁶ KINDHÄUSER, Urs. Rohe Tatsache und normative Tatbestandsmerkmale. In **Juristische Ausbildung**. 1984. p. 465-478. E, ainda, Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum. In **Goldammer's Archiv für Strafrecht**. p. 407-423. Citado por SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 113-

É interessante destacar as considerações que KINDHÄUSER faz sobre o critério que define o elemento normativo de acordo com seu modo de apreensão. Segundo ele, existem elementos claramente descritivos, como a menoridade de 18 anos de um sujeito, que não são apreensíveis por mera observação, mas que requerem o domínio de regras convencionais, como as que definem o que se deve entender como um ano de idade. Além disso, embora o autor reconheça que o critério da apreensibilidade possa ser, em determinados casos, correto, uma vez que a diferença de estrutura entre elementos normativos e descritivos implicaria apreensão por mera observação no caso dos descritivos, ele ressalva que a correção de tal critério não repercute no problema do dolo⁷⁷. Para justificar sua assertiva, KINDHÄUSER argumenta que do mesmo modo que alguém pode se enganar sobre o fato de um cachorro ser uma coisa ou não, ele pode se enganar sobre o caráter pornográfico de um escrito⁷⁸.

Como se observa, KINDHÄUSER não se vale de critérios de percepção sensorial ou compreensão intelectual. No caso dos elementos normativos, alude a um padrão, regras ou normas com que se determina seu conteúdo assertivo. No entanto, utiliza-se de categorias de verdade-falsidade no contexto de um discurso prescritivo, ou das normas jurídicas, com o qual são incompatíveis. Um erro sobre esses padrões de conteúdo não jurídico, amplamente vagos, mereceria um tratamento com maior flexibilidade⁷⁹.

Em síntese, pode-se dizer que KINDHÄUSER entende os elementos normativos como derivados de juízos que ocorrem conforme um sistema de valores. Esse sistema de valores define critérios de acordo com os quais uma conduta deverá ser classificada. Sendo assim, para que o sujeito possa compreender o significado de um elemento normativo ele precisa conhecer, por exemplo, as regras que classificam determinadas condutas ou escritos como pornográficos.

Já SCHLÜCHTER estabelece que elementos normativos são aqueles que remetem a outra norma, jurídica ou não. A extensão dos elementos normativos é justamente essa norma a que remetem, que também possui extensão e intensão, tendo uma dupla referência. A primeira alude à norma extrapenal à qual remete. A

115. E, também, por DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 53-54.

⁷⁷ DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 63.

⁷⁸ Cf. DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 63-64.

⁷⁹ SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 115.

segunda a determinados estados de coisas que estão compreendidos nos conceitos da norma a que o elemento normativo não havia remetido⁸⁰.

Desse modo, a extensão resultante inclui a soma de todos os possíveis âmbitos de fato que constituem a referência de dita norma, assim como a seus conceitos. Essa circunstância é que outorga aos elementos normativos do tipo sua especificidade diante dos elementos descritivos. Não existe uma diferença qualitativa entre os elementos descritivos e os normativos, mas uma diversidade no número de operações intermediadoras necessárias a efetuar até chegar a tal âmbito.

O entendimento das circunstâncias do fato como um âmbito num estado de coisas que se corresponde com um elemento do tipo tem importantes conseqüências para o dolo. Para a realização dolosa, o autor tem que ter apreendido todo o âmbito do estado de coisas determinado pelos elementos da correspondente norma que denotam ou se referem a bens jurídicos. A principal especificidade da proposta de SCHLÜCHTER surge nesse ponto, no sentido de que para a realização dolosa, em geral, basta que o autor tenha conhecido a significação lesiva de sua conduta para o bem jurídico. Ao contrário, não é necessário o conhecimento da significação global do elemento normativo típico.

Diante da fórmula da valoração paralela na esfera do leigo opõe, pois, o conhecimento dos componentes do elemento típico referidos ao bem jurídico, como critério para delimitar o erro de tipo do erro de proibição⁸¹.

A proposta de SCHLÜCHTER foi criticada, mais com relação ao tratamento do erro, pela falta de precisão, que não proporcionaria uma adequada distinção entre erro de tipo e erro de proibição. Não concederia, ainda, relevância ao erro sobre o significado global do elemento típico, bem como não iria além do critério de valoração paralela que rechaça^{82 83}.

PUPPE, por sua vez, entende que não é necessário estabelecer uma especial exigência do conhecimento do sentido para os elementos normativos, diverso do

⁸⁰ SCHLÜCHTER, E. *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*. Tübingen: J.C.B, 1983. p. 141 e ss. Citado por SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 116-117.

⁸¹ SCHLÜCHTER, E. *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*. Tübingen: J.C.B, 1983. p. 141 *et seq.* Citado por SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 116-117.

⁸² SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 117-118.

⁸³ Nesse sentido, consigna ROXIN: "(...) Pero, como los 'factores restrictivos' de la protección del bien jurídico también deben ser abarcados por el conocimiento del sujeto y en el fondo todos los elementos del tipo se refieren al bien jurídico protegido y a los límites de su protección. Esta teoría tampoco aclara cómo de preciso ha de ser el conocimiento para que pueda ser considerado como aprehensión del 'significado lesivo' y de los 'factores restrictivos'." ROXIN, *Derecho Penal*, p. 469.

exigido para os elementos descritivos (valoração paralela na esfera do leigo). Igualmente, não seria necessário debilitar essa exigência para os elementos normativos.

Tal autora concebe os tipos penais como qualidades. Os tipos não denotam estados de coisas, mas ações que têm em comum a qualidade de ser a intensão da expressão de classe (*v.g.*, ações que têm a qualidade de homicídios, roubos ou falsificação de documentos). Os fatos que pertencem ao tipo legal são descritos pelo tipo quando suas variáveis individuais se substituem por constantes. Isso leva a autora a concluir que os fatos não são a extensão, senão a completa intensão do tipo, sendo isso que o autor deve conhecer para atuar dolosamente no sentido do tipo, que entende como o sentido da frase que deriva do tipo⁸⁴.

A crítica que se faz é no sentido de que o objeto do dolo é a realização típica, ou seja, os fatos efetivamente realizados, e não o sentido ou a intensão do tipo, vale dizer, o resultado de um raciocínio em que intervém o texto legal, mas também o conjunto de regras de aplicação, construções dogmáticas ou interpretativas. Os tipos penais não dão origem, não criam, nenhuma categoria de fato, mas apenas dão uma denominação técnica a determinadas classes de fatos e, na seqüência, determinam a pena que se imporá se um fato com tais características for realizado⁸⁵.

1.2.4 As propostas de DARNSTÄDT e BURKHARDT e o desenvolvimento da noção de fatos institucionais de SEARLE

Conforme visto no tópico antecedente, DARNSTÄDT e BURKHARDT buscaram definir os elementos normativos e os elementos descritivos com base na distinção que SEARLE faz entre fatos naturais e fatos institucionais (modalidade específica de fatos sociais). Suas teorizações foram desenvolvidas na década de setenta e no início da década de oitenta, respectivamente. Ocorre que, a partir de 1995, SEARLE aprofundou o desenvolvimento desses conceitos, especialmente no que se refere aos fatos institucionais, aprimorando-os sensivelmente.

Essa situação foi bem notada por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, valendo destacar a advertência feita numa nota de rodapé:

⁸⁴ PUPPE, Ingborne. Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum. In **Goldammer's Archiv für Strafrecht**. 1990. p. 145-182. Citado por SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 118-119.

⁸⁵ SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 119-120.

(...) (se remite a la traducción alemana del clásico de SEARLE, *Speech Acts*, 1969 – Actos de habla, 4ª, 1994); mientras no se señale otra cosa, la explicación que sigue se halla en esa p. aunque en un contexto distinto al del error y de mucho mayor alcance, se refiere entre nosotros también a la categoría de SEARLE (remitiendo a la traducción española de otra obra más reciente de este autor: *The Construction of Social Reality*, 1995 – *La construcción de la realidad social*, 1997) recientemente MIR PUIG, *Lh-Rodríguez Mourullo*, 2005, 673 s., 689, señalando que la categoría de los hechos institucionales entraría dentro de la más amplia de los hechos sociales (habría hechos físicos o brutos, hechos sociales simples y hechos institucionales, que se caracterizarían por una atribución colectiva de una función de *status*)⁸⁶.

Diante disso, pretende-se, neste tópico, discorrer sobre o desenvolvimento da teoria de SEARLE a partir de 1995 e, assim, cogitar se sua mais recente concepção sobre fatos institucionais poderia trazer uma nova luz à delimitação dos elementos normativos. Essa abordagem, diante da complexidade e relevância, poderia ser objeto de um estudo amplo e exclusivo, inclusive pelo fato de se desconhecer alguma contribuição teórica assentada nesse pensamento atualizado. Diante dos limites deste trabalho, almeja-se apenas chamar a atenção para o assunto, sem assumir a defesa fervorosa de tal ou qual corrente de pensamento, especialmente pelo fato de as idéias realistas de SEARLE precisarem ser confrontadas diante dos postulados idealistas.

Como já referido no tópico anterior, DARNSTÄDT e BURKHARDT diferenciaram os elementos descritivos dos normativos apelando à distinção de SEARLE entre *fatos naturais* e *fatos institucionais*. Na leitura feita pelo primeiro, a respeito da teoria do filósofo norte-americano, os fatos naturais seriam aqueles que se podem descrever completamente com referências a estados ou propriedades físicas ou psíquicas. Já os fatos institucionais surgiriam quando se atribui aos fatos naturais relevância para os membros da sociedade, constituindo-se mediante uma convenção (que pode ser determinada ou não por uma lei). Exposto isso, DARNSTÄDT conclui que os fatos naturais correspondem aos elementos descritivos, ao passo que os fatos institucionais equivalem aos elementos normativos. Define estes, então, como os elementos típicos aos quais se atribui uma qualidade social.

Por seu turno, BURKHARDT dá, também, relevante contribuição, ao falar claramente em regras constitutivas, cuja teorização já estava presente no pensamento de SEARLE daquela época:

⁸⁶ DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*, p.51.

Los hechos *naturales* son aquellos que existen con independencia de la presencia de instituciones humanas. En cambio los hechos *institucionales* surgen solo en el momento en que se asigna a las cosas naturales un *significado* para los miembros de la sociedad. Y esto ocurre precisamente a través de convenciones o bien a través del *establecimiento de reglas*... La existencia de tales reglas es un presupuesto lógico (cuasi una condición de la posibilidad) de la existencia de hechos institucionales. Si por ejemplo no hubiera reglas sobre la propiedad, no habría tampoco cosas *ajenas*. Por eso puede decirse que tales reglas poseen carácter *constitutivo*. Constituyen la base de la existencia, de la especificación y de la descripción de estados de cosas que no serían en absoluto definibles y especificables sin la existencia de tales reglas.⁸⁷

No entanto, a partir de 1995, com a publicação do livro “*The Construction of Social Reality*”⁸⁸, SEARLE aprofundou sua teorização sobre fatos institucionais, oportunidade em que fundou o que chama de Filosofia da sociedade. Antes de adentrar na análise propriamente dita da construção atual a respeito dos fatos institucionais, passar-se-á, brevemente, a contextualizar a obra de SEARLE.

Ele propõe que a questão básica para o desenvolvimento de uma Filosofia da sociedade seria a compreensão da ontologia dos fatos sociais e institucionais. Anteriormente ao desenvolvimento da Filosofia da sociedade, a Filosofia social estava entre a Filosofia política e a discussão metodológica das ciências sociais. Diante desse cenário, SEARLE alvitra que a Filosofia política e a metodologia das ciências sociais deveriam ser entendidas como pertencentes a um estudo mais amplo, compreendido no âmbito da Filosofia da sociedade.

Basicamente, propõe o seguinte desafio para o novo marco teórico: como é possível existir uma classe de fatos *objetivos* que, de uma certa maneira, só são fatos porque as pessoas acreditam que eles são fatos, ou os aceitam como fatos, ou os reconhecem como fatos? Como exemplo desses fatos cita, *v.g.*, o dinheiro, a propriedade, o casamento e o governo.

SEARLE defende que o fato de um pedaço de papel ser dinheiro e funcionar como dinheiro não é uma questão exclusivamente subjetiva, mas objetiva, embora saiba-se que a qualidade que transforma um pedaço de papel em dinheiro não se apresenta de um modo objetivo na constituição física do papel. Noutras palavras, é

⁸⁷ BURKHARDT, Björn. Rechtsirrtum und Wahndelikt – Zugleich Anmerkung zum Beschluß des BayObLG v. 15. 10. 1980, JZ 1981, 715. In **Juristenzeitung**. 1981. p. 681-688. p. 683. Citado e traduzido por DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 52.

⁸⁸ SEARLE, John Rogers. **The Construction of Social Reality**. New York: Free Press, 1995.

um fato objetivo que um determinado pedaço de papel seja dinheiro, embora tal ocorra, tão-somente, porque as pessoas acreditam nisso.

Evidentemente, surge um paradoxo que tem assombrado os estudiosos da metodologia social: como algo que depende de atitudes subjetivas para existir pode ser uma questão objetiva? Ele resolve o paradoxo distinguindo um sentido epistemológico subjetivo-objetivo do sentido ontológico. Uma frase é epistemologicamente subjetiva quando sua verdade não pode ser estabelecida sem levar em conta as atitudes subjetivas dos investigadores ou observadores. Assim, a frase “Rembrandt era melhor pintor que Rubens” é epistemologicamente subjetiva, enquanto a frase “Rembrandt nasceu em 1606” é epistemologicamente objetiva.

Contudo, essa distinção entre epistemologia subjetiva e objetiva não pode ser confundida com ontologia. Um fenômeno é ontologicamente subjetivo quando o seu modo de existência envolve entidades mentais. As dores, por exemplo, têm um modo ontologicamente subjetivo de existência. O cerne da questão é que a objetividade epistemológica não exclui a subjetividade ontológica. A pessoa pode ter uma ciência objetiva das dores, embora o modo de existência das mesmas seja subjetiva.

Por outro lado, fatos institucionais como o dinheiro e o casamento possuem uma ontologia subjetiva-objetiva, o que não impede de se possuir um conhecimento objetivo deles.

Sendo assim, e estando firmadas as estruturas epistemológicas da Filosofia da sociedade, SEARLE explica que embora a sociedade seja extremamente complexa, pode ser explicada com a utilização de três elementos básicos: intencionalidade coletiva (capacidade que as pessoas têm de agir e pensar em cooperação com outros), regras constitutivas e, *o que não havia em sua teorização antes de 1995, a capacidade de atribuição de funções de Status* (capacidade que os seres humanos têm de outorgar funções aos objetos, *em que a função não é intrínseca ao objeto, dependendo de atribuições exteriores*). É bom que fique claro que anteriormente havia a noção de relevância ou atribuição social, mas não de atribuição de função de *Status*.

Esses três elementos vão permitir que as pessoas atribuam um *Status* para os objetos, criando realidades institucionais, as quais adquirem uma objetividade capaz de influenciar, inclusive, os comportamentos dos criadores dessa tão importante e complexa realidade chamada de institucional. *Essa idéia de atribuição*

de Status, frise-se, surgiu oficialmente apenas em 1995, não tendo, por óbvio, sido consideradas por DARNSTÄDT e BURKHARDT.

Antes de se adentrar na análise desses três aspectos, deve-se esclarecer, inicialmente, que SEARLE distingue aqueles objetos que possuem uma existência física independente dos observadores, daqueles cuja existência é relativa aos observadores:

Uma distinção absolutamente fundamental que nós precisamos fazer antes de iniciar uma discussão sobre esses assuntos é entre aquelas características da realidade que existem independente de nós, características que eu chamarei de independentes dos observadores, e aquelas características que dependem de nós para sua existência, as quais eu chamarei de relativas aos observadores. Exemplos de fenômenos independentes dos observadores são força, atração gravitacional, ligações químicas, fotossíntese, o sistema solar e placas tectônicas.⁸⁹

Mais aprofundadamente e destacando a importância dessa distinção, SEARLE assevera:

Alguns aspectos do mundo existem de forma inteiramente independente de nós, seres humanos, e de nossas atitudes e atividades; outros dependem de nós. Imaginem, por exemplo, um objeto que tenha aspectos desses dois tipos, aquilo sobre o qual estou sentado agora. Esse objeto tem determinada massa e determinada configuração molecular, que existem de forma independente de nós. A massa e a estrutura molecular são aspectos do mundo independentes dos observadores. Mas esse objeto também tem o aspecto de ser uma cadeira. O fato de ser uma cadeira é resultado de ele ter sido projetado, fabricado, vendido, comprado e usado como uma cadeira. Tais aspectos, como ser uma cadeira, são relativos aos observadores ou dependentes dos observadores, sendo “observador” uma redução de “fabricante, usuário, projetista e proprietário de intencionalidade em geral”. (...).

Reparem que a própria intencionalidade que cria fenômenos relativos aos observadores não é relativa aos observadores. O fato de esse objeto ser uma cadeira depende, entre outras coisas, de nossas atitudes, mas essas próprias atitudes não são relativas aos observadores. Quando criamos fenômenos relativos aos observadores por meio do exercício de nossa intencionalidade, essa intencionalidade não depende de nenhuma outra intencionalidade. Uma vez que temos uma atitude, não importa que qualquer outra pessoa pense que temos essa atitude. (...).

Penso que a distinção entre aspectos relativos aos observadores e independentes dos observadores é muito mais importante do que as

⁸⁹ SEARLE, John Rogers. **Social Ontology: Some Basic Principles**. Disponível em: <http://socrates.berkeley.edu/~jsearle/AnthropologicalTheoryFNLversion.doc>. Acesso em 20/08/2008. Livre tradução. Texto original: “An absolutely fundamental distinction we need to make before we can even begin to discuss these issues is that between those features of reality that exist independently of us, features I will call *observer-independent*, and those features that depend on us for their existence, which I will call *observer-relative*. Examples of observer-independent phenomena are force, mass, gravitational attraction, the chemical bond, photosynthesis, the solar system and tectonic plates.”

distinções, em nossa cultura filosófica, entre mente e corpo ou fato e valor.⁹⁰

Tendo-se isso em vista, percebe-se, facilmente, que os fatos naturais se contrapõem aos fatos sociais, pois aqueles não têm a sua existência condicionada a qualquer acordo humano. Com efeito, segundo ele, a atração gravitacional e a fotossíntese (enquanto fenômenos naturais e não como construção lingüística), por exemplo, são fenômenos que existiriam ainda que a terra fosse habitada por dinossauros, ao invés de ser habitada por humanos.

Por outro lado, a interpretação e a significação dos fatos naturais seriam fenômenos relativos aos observadores. Isso significa que embora existam fatos independentes dos observadores, a sua interpretação e significação seria uma questão relativa à capacidade cognitiva de cada um. Não se poderia adotar, todavia, um construtivismo extremo, pois, em tal caso, incorrer-se-ia na “falácia do etnometodologista”⁹¹. Tal falácia consiste em afirmar que tudo pode ser criado a partir do consenso.

Para SEARLE, contudo, existe sim uma realidade relativa aos observadores, cujo consenso lhe é condição de existência. Isso é o que ocorre com os fatos institucionais:

Exemplos de fatos dependentes dos observadores são todos os tipos de fatos que eu mencionei anteriormente, tal como o fato de eu ser um cidadão americano, o baseball ser um esporte jogado com nove homens, ou o fato dos Estados Unidos serem formados por cinqüenta estados. Falando singelamente, nós podemos dizer que as ciências sociais se referem a fatos relativos aos observadores; enquanto as ciências naturais se referem a fatos independentes dos mesmos. Um simples teste, ligeiro e singelo, para saber se um fato é ou não independente dos observadores é este: tal fato poderia existir ainda que não existisse algum agente consciente? Se o fato pudesse ter existido, mesmo que nunca tivesse existido qualquer ser humano ou outro agente consciente, como, por exemplo, a atração gravitacional entre a terra e a lua, então o fato é independente dos observadores. Se, de qualquer modo, o fato requer agentes conscientes para sua existência, como requerem os fatos como dinheiro, propriedade,

⁹⁰ SEARLE, **Mente, Linguagem e Sociedade**, p. 109-110. Sem destaques no original.

⁹¹ A nomenclatura de tal falácia advém de um diálogo estabelecido entre Searle e um etnometodologista que afirmava que os astrônomos criam quasares e outros fenômenos astronômicos por meio de suas pesquisas e de seus discursos. Em debate havido entre Searle e o etnometodologista, Searle fez a seguinte indagação: "Imagine que fôssemos dar um passeio sob a luz da lua, e eu dissesse: 'Que lua bonita hoje', e você concordasse. Estaríamos criando a lua?", perguntou-lhe Searle. "Sim", teria respondido o etnometodologista. Ou seja, para o interlocutor de Searle os fatos naturais teriam sua existência condicionada ao discurso ou mesmo à linguagem. Tal seria uma falácia, segundo SEARLE, pois o que é relativo aos observadores é a descrição, interpretação, e mesmo, a significação dos objetos, não os “objetos em si”. SEARLE, **Mente, Linguagem e Sociedade**, p. 26.

governo e casamento, então o fato é, pelo menos, um candidato a ser relativo aos observadores.⁹²

Dito isso, pode-se passar à análise dos três elementos utilizados por SEARLE para fornecer uma explicação da realidade social.

O primeiro é a *intencionalidade coletiva*, que existiria sem ser redutível à intencionalidade individual. Grande parte dos filósofos procura reduzir a intencionalidade coletiva à intencionalidade individual. Eles tentam reduzir “nós temos a intenção” e “nós acreditamos” a “eu tenho a intenção” e “eu acredito”. Supõem que, quando duas pessoas compartilham uma intenção coletiva, como quando tentam fazer alguma coisa juntas, cada qual tem uma intenção da forma “eu tenho a intenção”, mais uma crença a respeito da intenção do outro. Desse modo, se o agente faz parte de uma coletividade, a intencionalidade individual é “tenho a intenção de fazer tal coisa” e “acredito que você também tenha essa intenção”, crença que deve ser mútua. Para SEARLE, no entanto, isso é diferente. Pela importância, faz-se imprescindível transcrever suas próprias palavras:

Penso que toda essa abordagem, que tenta reduzir a intencionalidade coletiva à intencionalidade individual e à crença mútua, é confusa. Não penso que minha cabeça seja grande o suficiente para acomodar tantas crenças, e tenho uma solução muito mais simples. Consideremos que a intencionalidade coletiva em minha cabeça é um primitivo. Ela tem a forma “nós temos a intenção”, embora esteja na minha cabeça individual. Isso terá conseqüências para o que *eu* acredito e o que *eu* tenho a intenção de fazer, porque minha intencionalidade individual deriva da minha intencionalidade coletiva. Mas, de modo a explicar o fato de toda a intencionalidade estar na cabeça de agentes individuais, não temos de supor que toda a intencionalidade é da forma “eu tenho a intenção”, “eu acredito”, “eu espero”. Agentes individuais podem ter, em suas cabeças individuais, uma intencionalidade da forma “nós temos a intenção”, “nós esperamos” e outras. Para resumir esse ponto: a exigência de que toda a intencionalidade esteja na cabeça de agentes individuais, uma exigência algumas vezes chamada de “individualismo metodológico”, não exige que toda a

⁹² SEARLE, John Rogers. **Social Ontology**: Some Basic Principles. Disponível em: <http://socrates.berkeley.edu/~jsearle/AnthropologicalTheoryFNLversion.doc>. Acesso em 20/08/2008. Livre tradução. Texto original: “Examples of observer dependent facts are the sorts of examples I mentioned earlier, such as that I am a citizen of the United States, that baseball is a game played with nine men on a side, and that the United States of America contains fifty states. Roughly speaking, we can say that the social sciences are about observer relative facts; the natural sciences are about observer independent facts. A simple rough-and-ready test for whether or not a fact is observer independent is this: Could it have existed if there had been no conscious agents at all? If the fact could have existed even if there had never been any human beings or other conscious agents, for example, the fact that there is gravitational attraction between the earth and the moon, then the fact is observer independent. If, however, the fact requires conscious agents for its very existence in the way that facts about money, property, government and marriage require conscious agents, then the fact is at least a candidate for being observer relative”.

intencionalidade seja expressa na primeira pessoa do singular. Não há nada que nos impeça de ter em nossas cabeças individuais, por exemplo, intencionalidades da forma “nós acreditamos”, “nós temos a intenção” e outras. (...).

Sempre que tivermos pessoas compartilhando seus pensamentos, sentimentos e outros temos intencionalidade coletiva; e, de fato, o que quero dizer é que esta é a base de todas as atividades sociais.⁹³

O segundo bloco necessário para a construção da realidade institucional é a *atribuição de funções de Status*. De acordo com SEARLE, a capacidade que têm os seres humanos de usar determinados objetos como ferramentas é um fato extraordinário. Trata-se de um aspecto da capacidade mais genérica de atribuir funções a objetos, nos casos em que a função não é intrínseca ao objeto, mas deve ser atribuída por algum agente ou agentes externos. Essa constatação de SEARLE resolve uma série de problemas que havia na sua concepção anterior, em que se basearam DARNSTÄDT e BURKHARDT.

É de fundamental relevância o seguinte trecho, em que SEARLE explica que todas as funções são relativas aos observadores e demonstra *como surge a normatividade*:

Nesse ponto, já tendo observado a existência das funções atribuídas, quero propor uma tese ousada sobre a noção de funções: todas as funções são relativas aos observadores no sentido de que acabo de explicar. Elas só existem em relação a observadores ou agentes que atribuem a função. Esse fato, para nós, é disfarçado pelo fato de que muitas vezes descobrimos funções na natureza. Descobrimos, por exemplo, que a função do coração é bombear sangue. Mas, lembrem-se, só conseguimos fazer essa descoberta no contexto de uma teleologia pressuposta. É só porque partimos do pressuposto de que a vida e a sobrevivência devem ser valorizadas que podemos dizer que a função do coração é bombear sangue, querendo dizer que, na ecologia geral do organismo, bombear sangue serve para assegurar a vida e a sobrevivência.

Pensem, por exemplo, na diferença entre, por um lado, dizer de maneira muito simples que o coração bombeia sangue e que o bombeamento do sangue tem uma série de outras relações causais e, por outro, dizer que bombear sangue é a *função* do coração. **A atribuição funcional introduz normatividade.** (...).

Podemos resumir esse ponto dizendo que todas as funções são relativas aos observadores. Funções nunca são independentes dos observadores. A causalidade é independente dos observadores; aquilo que a função acrescenta à causalidade é normatividade ou teleologia. Mais precisamente, a atribuição de funções a relações causais situa as relações causais em uma teleologia pressuposta.⁹⁴

⁹³ SEARLE, *Mente, Linguagem e Sociedade*, p. 112-113.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 114-115. Sem destaques no original.

Anteriormente a 1995, como já consignado, SEARLE utilizava-se da noção de regras constitutivas para diferenciar fatos brutos (fatos naturais) e fatos sociais, porém havia alguns aspectos ainda em aberto, que foram resolvidos com o aporte da noção de atribuição de função de *Status*.

O terceiro bloco necessário para a construção da realidade social são as *regras constitutivas*. Conforme ele, há regras destinadas a regular comportamentos que existiam anteriormente, sendo o caso das regras de trânsito. No entanto, algumas regras não só regulam, mas constituem, sendo o caso do já citado exemplo do jogo de xadrez. As pessoas não estavam diante de um tabuleiro, esbarrando peças de madeira umas nas outras, até que alguém resolveu estabelecer regras para evitar que isso acontecesse. Ocorre que a própria possibilidade de jogar xadrez depende da existência das regras de xadrez, que são chamadas de constitutivas. É digno de transcrição o seguinte trecho:

Regras constitutivas também regulam, mas fazem mais do que regular; elas constituem a própria atividade que regulam da maneira que sugeri. A distinção entre fatos brutos e institucionais, como argumentei e continuarei a argumentar aqui, só pode ser totalmente explicada em termos de regras constitutivas, porque os fatos institucionais só existem em sistemas de tais regras.

As regras constitutivas têm sempre a mesma forma lógica, mesmo nos casos em que a forma lógica não é óbvia quando observamos a gramática das frases que expressam a regra. Elas têm sempre uma forma lógica: tal coisa vale por ter tal *status*.⁹⁵

Assim, pode-se dizer que o fato natural é aquele que independe dos observadores. Já o fato social é o que envolve dois ou mais observadores que possuem intencionalidade coletiva e designam uma função a um objeto, sendo a função deduzível das propriedades físicas do objeto, como o caso de dois pássaros contribuindo na construção de um ninho. Por fim, têm-se os fatos institucionais, que decorrem da extraordinária capacidade dos seres humanos de conversar, ter propriedades, casarem, formarem governos e assim por diante. Embora sejam sociais, por dependerem de relações interpessoais para existir, *realizam uma função alheia às suas características físicas*. Os fatos institucionais são aqueles que, em razão da intencionalidade coletiva, recebem um *Status*, por meio de uma regra constitutiva, que pode ser, inclusive, Estatal.

⁹⁵ SEARLE, *Mente, Linguagem e Sociedade*, p. 115-116.

O casamento, *v.g.*, é um fato institucional, pois o Estado atribui um *Status* para determinadas relações sociais mediante uma regra constitutiva. As relações sexuais sempre existiram, inobstante, o casamento, com todos os seus deveres e responsabilidades, ser uma criação institucional, dependente do consenso e de relações de poder entre membros de uma sociedade com orientações morais divergentes. Tais sujeitos criam regras que constituem o que se entende por casamento. Uma vez que uma relação social satisfaça as regras impostas pela instituição, tal relação está apta a receber o *Status* de casamento. Assim, quando se estatuiu que o casamento ocorre entre homem e mulher, procurou-se, com base em convicções morais e religiosas, impedir que pessoas do mesmo sexo pudessem se enquadrar em tal instituto.

Os fatos institucionais surgem, como já se deixou claro, a partir de regras constitutivas. Tais regras fornecem critérios para que uma relação intersubjetiva ou um dado objeto possa receber um determinado *Status*. Isso se dá do seguinte modo: uma vez que (X) satisfaça os critérios impostos pela regra constitutiva (R), (X) passará a adquirir um *Status* (S).

As regras constitutivas possuem esse nome pelo fato de que são responsáveis pela constituição de certos fatos sociais, estando associadas, inclusive, com a própria constituição do significado lingüístico. Entretanto, para o presente estudo, o que importa é que as regras constitutivas, quando aliadas à intencionalidade coletiva e à inerente capacidade das pessoas de atribuição de funções, permitem criar toda uma série diferenciada de fatos sociais, como bem explica MIR PUIG, baseando-se na Filosofia da sociedade de SEARLE:

La realidad social se construye a partir de la intencionalidad de la conciencia y mediante tres elementos básicos: la asignación de una función a ciertos hechos, la intencionalidad colectiva y las reglas constitutivas. Tales elementos permitirán explicar el origen y el sentido de una clase de hechos sociales que caracterizan las culturas humanas: los hechos institucionales. Lo curioso de estos hechos es que, siendo porciones del mundo real, hechos objetivos en el mundo (...), sólo son hechos merced al acuerdo humano".⁹⁶

Quando MIR PUIG afirma que os fatos institucionais só existem graças a uma aceitação coletiva, destaca a característica responsável pelo estabelecimento da fundamental distinção entre fatos sociais e institucionais. *Tal característica*

⁹⁶ MIR PUIG, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 209.

corresponde à já referida capacidade que as pessoas têm de atribuir uma espécie de função para um objeto, o qual não poderia cumpri-la se dependesse, exclusivamente, de suas próprias características físicas. Em suas palavras:

Algunos objetos que construimos, como un destornillador o una bañera, también tienen asignada una función colectiva, pero pueden cumplirla gracias a sus características físicas. Son construcciones sociales pero no institucionales. Los hechos institucionales suponen la asignación colectiva de una función que no puede ser cumplida por las solas características físicas de un objeto, sino sólo por una atribución colectiva de una *función de status* (como la función propia del *status* de dinero, que concede un derecho a quien lo tiene; pero también como la función simbólica de significar que atribuimos a las palabras, que es necesaria para das demás asignaciones de funciones). Esta atribución de función de *status* tiene lugar mediante *reglas constitutivas*, que a diferencia de las *reglas regulativas* tiene la curiosa virtualidad de *crear* una realidad distinta a la física.⁹⁷

Muito didático, também, o próprio SEARLE:

O terceiro elemento que precisamos para nos mover dos fatos sociais para os institucionais é um tipo especial de atribuição de funções onde o objeto ou a pessoa para quem a função é atribuída não pode a realizar, tão somente, em virtude de sua estrutura física. Mas, apenas pode realizar a função em virtude do fato de que há uma atribuição coletiva de certo *Status*, e o objeto ou pessoa realiza a função, somente, em virtude da aceitação coletiva por parte da comunidade que atribui o *Status* para o referido objeto. Essa atribuição tipicamente toma a forma X conta como Y. Por exemplo, um movimento em um jogo de futebol conta como um *touchdown*. Um conjunto de procedimentos conta como a eleição do presidente dos Estados Unidos. Uma posição no xadrez conta como um cheque-mate. Isso expõe a forma geral de atribuição de função de *Status*, X conta como Y, ou mais especificamente, X conta como Y num contexto C. Em todos esses casos, o termo X identifica certas características de uma pessoa ou objeto ou estado de coisas. O ser humano tem uma capacidade que não é possuída por nenhuma outra espécie animal, atribuir funções para objetos, os quais não podem realizar a função, tão somente, em virtude de suas características físicas, mas somente em virtude de uma atribuição coletiva ou aceitação de que o objeto ou pessoa tem certo *Status* e com o *Status* a função. Exemplos óbvios são dinheiro, propriedade privada, e posições de líderes políticos. Em todos esses casos, o objeto ou pessoa adquire uma função a qual poderá ser realizada somente em virtude de uma aceitação coletiva do correspondente *Status*.⁹⁸

⁹⁷ MIR PUIG, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 210.

⁹⁸ *What is an Institution.* Disponível em: <http://socrates.berkeley.edu/~jsearle/EconomistsJOIE,10Jan05.doc>. Acesso em 20/08/2008. Livre tradução. Texto original: "The third item we need, to account for the move from social facts to institutional facts is a special kind of assignment of function where the object or person to whom the function is assigned cannot perform the function just in virtue of its physical structure, but rather can perform the function only in virtue of the fact that there is a collective assignment of a certain *status*, and the object or person performs its function only in virtue of collective acceptance by the community that the object or person has the requisite status. These assignments typically take the form *X counts as Y*. For example, such and such a move in a football game counts as scoring a touchdown. Such and such a set of procedures counts as the election of a president of the United States. Such and such a position in chess counts as checkmate. These exhibit the general form of the assignment of

É preciso deixar claro que a atribuição de função de *Status* não é privativa de instituições como o Estado, embora a criação dos fatos institucionais por este seja a que mais apresenta complexidade. De fato, um grupo de amigos pode decidir criar uma sociedade secreta atribuindo um *Status* para determinadas ações de seus membros, com o intuito de identificá-los.

A novidade, então, no pensamento de SEARLE, não contemplada, obviamente, em suas teorizações feitas muito antes de 1995, por DARNSTÄDT e BURKHADT, é no sentido de que os fatos institucionais supõem a atribuição coletiva de uma função que não pode ser cumprida apenas pelas características físicas de determinado objeto, senão apenas por uma atribuição coletiva de uma função de *Status* (como a função própria do *Status* de dinheiro, que concede um direito a quem o tem), mas também como a função simbólica de significar que se atribui às palavras, que é necessária para as demais atribuições de funções.

Obviamente, é necessária uma ampla reflexão e um desenvolvimento teórico muito mais aprofundado para ponderar se esse novo componente dos fatos institucionais poderia trazer um novo esclarecimento à definição dos elementos normativos. De qualquer forma, algumas considerações podem ser feitas desde já.

Consigna-se, uma vez mais, que a teoria de SEARLE e uma definição de elementos normativos nela baseada necessitam ser confrontadas com as teorizações do idealismo. Aqui, porém, não se pretende entrar nesse complicadíssimo mérito. O que se pretende é, ao invés de se examinar e, possivelmente, contestar seus pressupostos filosóficos, analisar se uma definição de elementos normativos baseada na teoria de SEARLE pode ser útil ao Direito penal, sobretudo, para o tratamento do dolo e do erro no Direito penal socioeconômico.

A primeira constatação que se faz é que, realmente, o critério que distingue entre fatos dependentes e independentes dos observadores é mais claro e preciso do que o normalmente utilizado que diferencia fatos que podem ser apreendidos

status function, *X counts as Y*, or, more typically, *X counts as Y in context C*. In all of these cases, the X term identifies certain features of an object or person or state of affairs, and the Y term assigns a special status to that person, object or state of affairs. Human beings have a capacity which, as far as I can tell, is not possessed by any other animal species, to assign functions to objects where the objects cannot perform the function in virtue of their physical structure alone, but only in virtue of the collective assignment or acceptance of the object or person as having a certain *status* and with that status a function. Obvious examples are money, private property, and positions of political leadership. In every case, the object or person acquires a function which can be performed only in virtue of the collective acceptance of the corresponding status.”

sensorialmente e fatos que dependem de uma compreensão intelectual ou de uma valoração. Como já consignado, há elementos normativos que independem de valoração. Além disso, os elementos descritivos também necessitam de uma compreensão intelectual, já que a linguagem é artificial.

Ainda, como destaca DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, há elementos descritivos, como os teóricos ou cognoscitivos ou, em geral, tomados da técnica ou de diversas ciências naturais, que designam elementos não apreensíveis sensorialmente (v.g., substâncias radioativas, energia nuclear, radiações ionizantes, isótopos radioativos). Por outro lado, há elementos normativos que não implicam uma valoração, mas simplesmente a necessidade de se apelar a outras normas para compreender seu significado⁹⁹.

Assim, a distinção entre elementos que existem com dependência ou independência dos observadores é mais esclarecedora do que os critérios utilizados pela doutrina tradicional que pretendem distinguir elementos normativos e descritivos pelo modo de compreensão de seu significado.

Por outro lado, com relação às proposições no sentido de que os elementos normativos são os que existem sob o pressuposto lógico de uma norma, observa-se que, apesar de trilhar no mesmo sentido, traz uma noção mais aprofundada. Realmente, está correto, até por ser óbvio e, inclusive, redundante, afirmar que os elementos normativos são os que existem sob o pressuposto lógico de uma norma. A concepção de SEARLE, além da noção de regras constitutivas (é mais preciso falar em regra constitutiva do que norma), refere-se à intencionalidade coletiva e à atribuição de função. A definição de elementos normativos de SEARLE é mais especificamente do que a que estabelece (correta, mas incompletamente) a definição de elementos normativos com referência à existência de normas.

A teoria de SEARLE possibilita evidenciar, ainda, como algo que depende de uma subjetividade para existir pode ser compreendido objetivamente. Fica mais clara a existência do estado de coisas a que se refere o elemento normativo e como ele pode ser conhecido objetivamente. Acaba-se com a confusão entre epistemologia subjetiva e objetiva com ontologia. Um fenômeno é ontologicamente subjetivo quando o seu modo de existência envolve entidades mentais. O cerne da

⁹⁹ DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 662.

questão é que a objetividade epistemológica não exclui a subjetividade ontológica. Resta mais fácil o tratamento do dolo com base nessa perspectiva.

Essa nova constatação de SEARLE leva a que se pondere o posicionamento dos que entendem que não há elementos puramente normativos ou puramente descritivos. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, um dos adeptos desse entendimento, consigna:

Pero ninguna convence plenamente, porque en realidad *no existen – o no existen apenas – elementos descriptivos o normativos puros*, sino que los elementos típicos tienen componentes de ambas clases; piénsese en el tantas veces citado por la doctrina ejemplo de elemento “persona” u “otro” en el tantas veces citado por la doctrina ejemplo de elemento “persona” u “otro” en el homicidio, que parece claramente descriptivo, pero sin embargo se carga de tintes normativos en cuanto se plantean los límites de la vida humana (comienzo y fin); por ello, desde antiguo hay autores que propugnan incluso el abandono de la distinción.¹⁰⁰

A noção da atribuição da função de *Status* parece dar um novo esclarecimento para se tratar essa questão. Como explicado, os fatos institucionais supõem a atribuição coletiva de uma função que não pode ser cumprida somente pelas características físicas do objeto, senão apenas por uma atribuição coletiva de uma função de *Status*. Certamente, os limites da vida humana só podem ser concebidos pelas características físicas do objeto, ainda que se teorize sobre eles. Além disso, a vida, enquanto fenômeno biológico, existe independentemente dos observadores e do momento que estes considerem que ela se inicia ou se acaba.

Diferente é a questão do exemplo clássico do elemento normativo, o “documento”, que tem a atribuição de uma função de *Status* evidente, ou seja, a de ser utilizado como prova, o que não poderia ser realizado apenas se dependesse de suas qualidades físicas. Evidentemente, há papéis que não são considerados documentos. Um papel equivale a documento quando preenche certos requisitos, oportunidade em que coletivamente se aceita que referido papel seja um documento.

Outra relativização da distinção entre elementos normativos e descritivos que se costuma fazer é no seguinte sentido:

¹⁰⁰ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Los elementos normativos del tipo e la teoría del error. In **Estudios Jurídicos**: En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primeiro volume. Valencia: Universidad de Valencia, 1997. p. 657-703. p. 664.

Pero lo que sobre todo hace perder importancia a la cuestión de la definición es que *conviene enfocarla desde el punto de vista del dolo y el error sobre los elementos típicos* y, desde este punto de vista, la distinción entre elementos descriptivos y normativos no es decisiva, pues hay elementos descriptivos – o, al menos, no normativos – que plantean respecto del dolo y el error los mismos problemas que otros unánimemente considerados normativos (...).¹⁰¹

A idéia de atribuição de função de *Status* ajuda a esclarecer esse assunto, demonstrando porque o dolo e o erro sobre os elementos normativos merecem um tratamento diferenciado e explicando, com clareza, porque se dificulta, em casos específicos, que se alcance sua compreensão por meio de uma valoração paralela na esfera do leigo, sendo necessário o conhecimento da regra constitutiva.

1.2.5 Conclusões a respeito da definição de elementos normativos do tipo

Na doutrina tradicional não existe consenso a respeito da definição de elementos normativos, que busca delimitá-los por dois meios. Em primeiro lugar, há os que utilizam o critério de *forma de apreensão* do objeto ou processo referido pelo elemento típico, de modo que são descritivos os elementos apreensíveis sensorialmente, por mera observação, enquanto que seriam normativos aqueles cuja apreensão implica um processo de valoração ou de compreensão intelectual ou espiritual pelo próprio sujeito ou pelo juiz. Em segundo lugar, há os que se valem do critério de *referência a normas*, sendo normativos os elementos que só podem ser compreendidos por referência a algum tipo de norma.

Entre esses grupos, é preferível o segundo, pois a referência à percepção sensorial, bem como à valoração não convencem, como já explicado. As propostas de DARNSTÄDT e BURKHARDT, desenvolvidas com apoio do instrumental teórico da Filosofia analítica, podem ser enquadradas nesse segundo grupo. Desde que atualizadas com base na mais recente concepção de SEARLE sobre fatos institucionais, demonstraram-se mais precisas do que as demais.

Assim, adotar-se-á, para o desenvolvimento do trabalho, a definição de que elementos normativos são os que existem sob o pressuposto lógico de uma regra constitutiva, possuindo uma função atribuída, por meio da intencionalidade coletiva, que não pode ser realizada apenas em razão das características físicas do objeto.

¹⁰¹ DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, *Estudios Jurídicos*, p. 664-665.

1.2.6 Algumas distinções dos elementos normativos do tipo

Podem ser realizadas diversas classificações dos elementos normativos, cabendo aqui ressaltar as que serão de interesse ao estudo desenvolvido no último capítulo.

1.2.6.1 Elementos normativos do tipo específicos ou explícitos (escritos) e gerais ou implícitos (não escritos)

Segundo DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, essa distinção toma como base o fato de que um elemento normativo pertença a um concreto tipo da parte especial, aparecendo expressamente em seu preceito, ou que seja uma característica geral de todos ou um grupo de tipos que não aparece expressamente abarcado no preceito da parte especial¹⁰².

Elementos normativos do tipo *específicos* ou *explícitos*, então, são os escritos no correspondente preceito da parte especial que aparecem como elemento peculiar ou privativo desse tipo, ainda que possam ser repetidos. Já os elementos normativos do tipo *gerais* ou *implícitos* são aqueles que são comuns a todos os tipos ou a grupos de tipos que normalmente não estão expressos em cada preceito da parte especial, mas que derivam de construções dogmáticas ou de preceitos da parte geral. Como exemplo destes pode-se mencionar, nos delitos de resultado, sua imputação à ação do sujeito.

Somente o erro sobre os elementos normativos do tipo *específicos* ou *explícitos* é que será objeto de análise deste estudo.

1.2.6.2 Elementos normativos do tipo objetivo e do tipo subjetivo

Como se constata sem maiores dificuldades, tanto o tipo objetivo como o tipo subjetivo são constituídos por elementos normativos e descritivos. Como exemplo de elemento normativo do tipo subjetivo cita-se a intenção de apropriação, na expressão para si ou para outrem, do furto. A distinção se faz relevante para a

¹⁰² DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 81.

discussão de se seria possível um erro sobre o elemento normativo do tipo subjetivo¹⁰³.

Nesse ponto, convém lembrar que a adoção de teorias cognitivas do dolo poderia tornar a discussão sobre a possibilidade de ocorrência de erro sobre elementos normativos do tipo subjetivo mais acentuada, uma vez que estabelece critérios objetivos diferenciados para aferir a tipicidade objetiva e a tipicidade subjetiva:

Una comprensión normativa del dolo debe llevar a la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata ni se verifica sino que se imputa. Dicho conocimiento adquiere así una configuración distinta, en la medida que deja de ser un fenómeno psicológico ocurrido en la cabeza del autor durante la realización del delito y se convierte en una imputación de conocimiento con criterios normativos. Estos criterios normativos de la imputación de conocimiento no dependen de indicadores externos al Derecho Penal, sino que se configuran desde una perspectiva propiamente jurídico-penal.

En este sentido, si el delito se define como la infracción de un rol atribuido a la persona del autor, resulta lógico que los criterios de imputación del conocimiento se asienten en la idea del rol y la persona del autor. De esta manera, para determinar el conocimiento del autor debe partirse de las competencias de conocimiento que cada rol impone a su titular. No obstante, la sola existencia de estas competencias de conocimiento no basta para afirmar un conocimiento fundamentador del dolo. Para ello es necesario, además, que el autor haya podido alcanzar esos conocimientos en sus circunstancias personales, pues de otra manera la imputación no estaría personalizada¹⁰⁴.

Sem que se adentre na discussão a respeito das abordagens cognitivas, caso se a adote, no momento da apreciação objetiva das circunstâncias pessoais do autor, poder-se-ia indagar acerca da existência de um conhecimento sobre a presença de um elemento normativo do tipo subjetivo, pois, já que em tal sistema metodológico o dolo se entende como processo de imputação objetiva, o erro do autor sobre os critérios objetivos utilizados no processo de imputação seria um erro sobre um elemento normativo do tipo subjetivo.

Alguns autores, todavia, consideram que se o erro de tipo se caracteriza pelo desconhecimento dos elementos objetivos do tipo, a possibilidade de erro sobre os elementos normativos do tipo subjetivo deve ser descartada¹⁰⁵.

¹⁰³ Nesse sentido, vide, *v.g.*, SANTOS, *ob. cit.*, p. 110.

¹⁰⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. **Derecho Penal Económico**: Parte General. Tomo I. 2ª ed. Lima: Grijley, 2007. p. 485.

¹⁰⁵ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 85.

De qualquer forma, serão objeto de análise o erro sobre os elementos normativos do tipo objetivo.

1.2.6.3 Elementos normativos do tipo positivo e do tipo negativo

Para aqueles que defendem a teoria de um tipo global de injusto, no modelo da teoria dos elementos negativos do tipo, pode-se distinguir entre elementos normativos do *tipo positivo* e do *tipo negativo*. Os primeiros são os que constam na descrição típica, ao passo que os segundos são os que aparecem em causas de justificação ou de atipicidade.

Não será objeto de análise desta dissertação o erro sobre os elementos normativos do tipo negativo, já vez que essa discussão é bastante complicada e aberta, referente ao próprio erro sobre causas de justificação e de atipicidade.

1.2.6.4 Elementos normativos de sentido e de valor

Alguns doutrinadores distinguem entre elementos normativos de sentido e de valoração¹⁰⁶. Embora pareça ser difícil fazer uma distinção entre esses dois tipos de elementos normativos, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO afirma que os elementos normativos de valor são aqueles que implicam uma valoração, normalmente negativa, enquanto que os elementos normativos de sentido seriam aqueles em que as normas de referência fazem (ou melhor, ajudam a fazer) compreensível o seu sentido jurídico, social, religioso, dentre outros¹⁰⁷.

Como exemplos dos primeiros, cita, com base nos tipos espanhóis, os elementos *cruelmente*, *atos de exibição obscena*, *escárnio de dogmas*, *crenças*, *ritos* ou *cerimônias*. Já, com relação aos segundos, refere-se a *segredo*, *documento*, *alheio*, *matrimônio*, *pessoa internacionalmente protegida* e *dogmas*¹⁰⁸.

¹⁰⁶ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 92. Partindo, igualmente, de uma distinção entre elementos de sentido e de valor, embora ressaltando que também nos elementos valorativos está em jogo, na maioria das vezes, a realidade percebida pelos sentidos, vide JESCHECK/WEIGEND, **Tratado de Derecho Penal**, p. 289-290.

¹⁰⁷ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 92.

¹⁰⁸ Id.

1.2.6.5 Elementos normativos de tipo jurídicos e extrajurídicos

Na sociedade existe uma pluralidade de sistemas de valoração que, por meio do processo legislativo, buscam reconhecimento jurídico. Assim, *v.g.*, quando os homossexuais lutam para que lhes seja reconhecido o direito ao matrimônio, estão procurando positivar o valor de que o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo possui o mesmo *Status* positivo dos relacionamentos entre heterossexuais. Esse exemplo apenas demonstra que nem todos os valores são reconhecidos como válidos pelo Direito, o que não lhes impede de possuir validade em outros sistemas sociais.

Assim, as normas que dão existência a esses elementos podem ser tanto do sistema jurídico como de outros, sendo que, nesse caso, o sistema jurídico pode reinterpretar o significado da norma social segundo critérios jurídicos ou pode buscar manter o sentido original.

Tendo em vista essas premissas, percebe-se que existem elementos normativos jurídicos e extrajurídicos, conforme o critério de validade escolhido seja o do sistema jurídico ou do sistema social. De acordo com essa definição, pode-se dizer que quando o Direito reinterpreta o significado original do elemento consoante com critérios jurídicos, o elemento normativo deve ser considerado jurídico.

Há, ainda, uma interessante questão, cuja importância não se reduz ao estudo dos elementos normativos, estendendo-se ao estudo do erro, que se refere ao fato de o sistema jurídico ser formado por vários microsistemas, sendo o penal um deles. Assim, é perfeitamente possível que o mesmo elemento normativo possua significados diferentes, conforme esteja inserido no microsistema penal ou civil.

1.2.6.6 Elementos normativos de comum apreensão social e elementos normativos de conhecimento adstrito a determinados grupos

Uma importante observação que se necessita fazer para um adequado tratamento do erro sobre os elementos normativos é no sentido de que existem os mais e os menos complexos, sendo mais ou menos facilmente apreendidos pelos cidadãos.

Destarte, pode-se afirmar que é de comum apreensão social, por exemplo, o elemento *alheio*, constante do tipo de furto. Todavia, há outros mais complexos, cuja

adequada apreensão normalmente só é alcançada por pessoas pertencentes a determinados grupos, geralmente de caráter profissional, como o caso de *operação de câmbio*.

A tese majoritária a respeito do erro sobre os elementos normativos do tipo, da valoração paralela dos fatos na esfera do profano, que será analisada com detalhes no terceiro capítulo, depende de que seja possível responder a duas questões: a) todos os elementos típicos podem ter seu significado traduzido por meio de uma linguagem leiga? e, b) havendo possibilidade de tradução, será o conhecimento desse significado suficiente para se afirmar que o agente conhece as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade?

É evidente que nem todos os termos possuem um significado capaz de ser transmitido por uma linguagem leiga¹⁰⁹. Para se definir quando um termo possui um significado na esfera do leigo, deve-se, antes de tudo, seguindo a metodologia da Filosofia da linguagem, analisar o modo como as pessoas utilizam as palavras em sua vida cotidiana.

Para que as diversas instâncias especializadas que compõem a sociedade civil possam se comunicar, é necessário que exista uma *linguagem comum*, partilhada por todos, independentemente do setor no qual o indivíduo esteja integrado.

A existência, no entanto, de termos como “mercado de valores mobiliários” e “mercado de balcão”, previstos nos crimes contra o mercado de capitais, denotam a possibilidade de ignorância do agente com relação a *termos técnicos*, que não possuem um correspondente na *linguagem comum*, o que demonstra que a tese majoritária não pode ser transposta acriticamente ao Direito Penal socioeconômico.

1.3 ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO

Sobretudo, no âmbito do Direito penal socioeconômico, possui grande relevância o estudo dos chamados elementos de valoração global do fato (que se enquadram num conceito amplo de elementos normativos do tipo), uma vez que, nesse campo, comumente, é possível que existam dúvidas sobre a distinção entre

¹⁰⁹ Não se pode perder de vista que quando a doutrina se refere a significado leigo pressupõe que existem termos que podem ser conhecidos por todos, independentemente da condição social e profissional.

tipicidade e antijuridicidade¹¹⁰. Para que seja possível compreender adequadamente o significado do termo elementos de valoração global do fato, é necessário fazer uma breve digressão histórica, de modo que a partir da discussão que deu origem ao conceito, seja possível um melhor entendimento do papel que ele cumpre no atual contexto dogmático.

O conceito de elementos de valoração global do fato surge a partir de uma crítica de ROXIN ao conceito de tipos abertos de WELZEL. De acordo com este, existiriam determinados tipos que seriam incompletos, no sentido de que sem as referências à antijuridicidade, não fundamentariam e nem indicariam o injusto da conduta, ainda quando não existisse uma causa de justificação¹¹¹.

Consoante DIAS, tipos abertos seriam aqueles cujos elementos constitutivos do tipo de ilícito não poderiam ser conhecidos de forma completa pelo cidadão, porquanto a determinação necessária para o integral preenchimento do tipo de ilícito dependeria de uma valoração autônoma a ser levada a cabo pelo aplicador¹¹².

Destaque-se, também, a explicação de LUZÓN PEÑA, que vê no conceito de tipos abertos uma inversão da relação regra-exceção entre tipo e antijuridicidade:

En los tipos abiertos, en cambio, sucede que la regla es que la realización de los – restantes – elementos del tipo (positivo) no suponga todavía una perturbación antijurídica de bienes jurídicos, o incluso no afecte a bienes jurídicos, sino que sea una conducta normal, mientras que la excepción (qualitativa, no forzosamente qualitativa), es que se le añada alguna infracción adicional de normas – el “elemento de valoración global” – que producirá que la conducta suponga una perturbación desvalorada y prohibida de bienes jurídicos.¹¹³

A existência de tipos penais neutros, no sentido dos tipos abertos, foi duramente contestada por ROXIN, que dedicou toda uma monografia sobre o tema¹¹⁴, sendo taxativo em sua clássica obra:

¹¹⁰ Para uma exposição das divergências doutrinárias vide CRUZ, Flávio Antônio da. **O tratamento do erro em um Direito Penal de bases democráticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 292 à 300. Vide, ainda: ALMEIDA, André Vinícius de. **O Erro de Tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 94-98.

¹¹¹ Cf. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, 107.

¹¹² DIAS, **Direito Penal**, p. 290.

¹¹³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. El error sobre causas de justificación: algunas precisiones (comentario a la STS 10/ 05/1989). **Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED**. Madri, n. 2 p. 135-148, 1992.

¹¹⁴ Vide ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Tradução de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979. p. 87-100.

Sin embargo, es tan imposible que existan tales tipos abiertos como que haya realizaciones socialmente adecuadas de tipo; pues si se considera el tipo como tipo (classe) de delito, como juicio provisional de desvalor, no puede ser valorativamente neutral respecto del injusto.^{115 116}

JESCHECK/WEIGEND também se manifestam contrariamente à existência de tipos abiertos. Contudo, ressaltam que, embora tal teoria deva ser rechaçada, ela levou a uma importante descoberta, consistente no fato de que alguns tipos possuem elementos constitutivos cujo significado ilícito depende de uma valoração global negativa¹¹⁷.

ROXIN, que foi o criador do termo elementos de valoração global do fato¹¹⁸, ensina que o juízo de imputação que considera uma conduta reprovável implica tanto a afirmação do tipo como a afirmação da antijuridicidade. Isso aconteceria, por exemplo, com a expressão reprovabilidade, que aparece no tipo de coações do Direito penal alemão. Quem coaciona a outro de modo *reprovável* não só atua tipicamente, mas também antijuridicamente, não restando espaço para causas de justificação, pois se alguém coaciona a outro amparado por uma autorização legal, ou por legítima defesa ou por estado de necessidade justificante, não age de modo

¹¹⁵ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 298.

¹¹⁶ Vide, também, ROXIN, **Teoría del Tipo Penal**, p. 87-100. Vale citar a conclusão que ROXIN apresenta no seu livro: “Los resultados alcanzados en este trabajo, pueden sintetizarse en pocas frases: I. Tipos ‘abiertos’ en el sentido de Welzel no existen. Sea que se conciba el tipo penal, en virtud del § 59 del Código Penal, como objeto de referencia del dolo (tipo del error) o que independientemente de ello se lo conciba como concepto sistemático fundamental (tipo sistemático), no habrá un tipo neutral frente a la antijuridicidad que no sea siquiera capaz de cumplir una función indiciaria respecto de lo injusto. El tipo comprende en esto como en otro sentido todas las circunstancias decisivas para lo injusto punible, aunque no la antijuridicidad. Ésta es una consecuencia necesaria, pero no un componente de la realización del tipo. II. Al contrario, existen los elementos del deber jurídico. Mediante los criterios de Welzel, estos elementos no resultan correctamente descritos ni claramente delimitados, aunque constituyen, sin embargo, un grupo determinado: no se trata de que sean ‘especiales momentos de la antijuridicidad’, sino de circunstancias comprensivas de la antijuridicidad cuya función es fundamentar o excluir lo injusto, y que al mismo tiempo, siempre, o por regla general, alojan la antijuridicidad formal. Una aclaración de su posición sistemática, así como de los problemas que de ellos surgen en relación al error y a la tentativa, se resuelven separando los elementos determinados de lo injusto y total-valoradores. En la medida en que ellos contienen las circunstancias objetivas pertenecientes al sustrato del juicio de injusto, pertenecen sistemáticamente al tipo, y su desconocimiento excluirá el dolo, así como la suposición errônea de ellos servirá para fundamentar la existencia de una tentativa; pero en la medida en que ellos subrayan la antijuridicidad, sólo acentúan la consecuencia necesaria de la acción típica y su desconocimiento deja el dolo intacto, así como su suposición errônea conduce a un delito putativo”. ROXIN, **Teoría del Tipo Penal**, 295-296.

¹¹⁷ JESCHECK/WEIGEND, **Tratado de Derecho Penal**, p. 265.

¹¹⁸ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO ensina que, em princípio, ROXIN utilizou de modo indistinto as expressões elementos de deber jurídico (“rechtspflichtmerkmale”), elementos – ou circunstâncias – de valoração global (“gesamtbewertende”) e elementos ou circunstâncias comprensivos da antijuridicidade (“rechtswidrigkeitsumschliessend”), embora ressalte que, atualmente, ROXIN usa apenas o termo elementos de valoração global, conforme se pode ver em seu tratado. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 113.

reprovável e, por isso, atipicamente. Desse modo, de acordo com ele, nos elementos de valoração global do fato, a existência de uma causa de justificação não elimina apenas a antijuridicidade da conduta, mas também a própria tipicidade¹¹⁹.

Nos termos postos por ROXIN, então, elemento de valoração global do fato é aquele em que a reprovabilidade da ação coativa do autor não só designa o injusto típico, mas, também, simultaneamente, o concreto injusto das ações do caso particular. Portanto, nos casos em que o legislador utiliza circunstâncias de valoração global do fato, são inseparáveis os elementos do tipo e outros elementos do injusto. Contudo, isso não torna supérfluo o tipo como elemento autônomo do delito, mas apenas prova que no caso concreto o legislador pode renunciar, em boa medida, a descrever um tipo delitivo abstrato e fazer depender da punibilidade a comprovação judicial da antijuridicidade material, vale dizer, da intolerável nocividade social. Merece especial destaque o seguinte trecho:

Por tanto hay que descomponer los elementos de valoración global del hecho: todos los presupuestos de la valoración global del hecho (tanto positivos como negativos) pertenecen al tipo, mientras que la propia valoración de conjunto corresponde al elemento "antijuridicamente". Por eso los preceptos con elementos de valoración global del hecho non son tipos "abiertos", sino los tipos "más cerrados", que es posible concebir.¹²⁰

Já para JESCHECK/WEIGEND, o tratamento das causas de justificação nos tipos com elementos de valoração global do fato não deve ser incluído no marco do tipo. Sugerem que a reprovabilidade do fato deve ser analisada no tipo apenas de um modo abstrato, deixando a análise das causas de justificação para o âmbito da antijuridicidade¹²¹.

Apesar da discussão entre eles sobre o tratamento das causas de justificação nos tipos com elementos de valoração global do fato, ambos concordam que, na análise desses tipos, deve o intérprete fazer uma distinção entre a valoração e o substrato fático sobre a qual ela incide.

Assim também se pronunciam JESCHECK/WEIGEND:

La solución sólo puede residir en que las circunstancias fáticas que hacen aparecer al comportamiento del autor como reprochable pertenezcan al tipo,

¹¹⁹ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 301.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 299-301.

¹²¹ JESCHECK/WEIGEND, **Tratado de Derecho Penal**, p. 265-266.

pelo que su valoración como medida de su crecida reprobabilidad se emprenda en la fase de la antijuridicidad.¹²²

Sendo assim, há uma grande diferença entre erro de tipo e erro de tipo permissivo, uma vez que este pressupõe o conhecimento do tipo penal por parte do agente, que, por outro lado, equivoca-se acerca dos pressupostos fáticos de uma causa de justificação. Vale dizer, no erro de tipo permissivo não existem os problemas de legitimidade existentes no erro sobre um elemento de valoração global do fato, pois o erro de tipo permissivo pressupõe um tipo perfeitamente delimitado em seu conteúdo, assim como a possibilidade de que o agente conheça o tipo em sua totalidade, independentemente do seu conhecimento de uma causa de justificação.

O problema da analogia entre o erro sobre um elemento de valoração global e o erro sobre um pressuposto fático de uma causa de justificação é que escamoteia uma questão que assume extrema problematidade no Direito penal socioeconômico, menos delimitado desde um ponto de vista do Estado de Direito¹²³.

Nesse sentido, enfatiza DIAS que se deve prestar muita atenção na análise de alguns fenômenos dogmáticos que, por envolverem problemas de legitimidade, não podem passar despercebidos:

Todas estas construções – a dos “tipos abertos” e dos “elementos valorativos globais”, como a da “adequação social” – são fruto de uma das mais penetrantes análises a que foi até hoje sujeito o conceito de tipo de ilícito que a WELZEL fica a dever-se e apontam para realidades que não podem ser escamoteadas, mas têm de ser tomadas em conta tanto do ponto de vista dogmático, como construtivo sistemático.¹²⁴

A questão a se resolver, portanto, merece especial atenção, principalmente porque a dificuldade de se distinguir se um elemento pertence ao tipo ou à antijuridicidade (ou mesmo a ambos), terá reflexos diretos sobre a disciplina do erro. Ora, de nada adianta o Código Penal definir o que seja erro de tipo e de proibição se existem corpos estranhos no Direito penal socioeconômico que não podem ser enquadrados claramente em algumas dessas categorias.

Tal problema acentua-se nos chamados elementos de valoração global do fato indivisíveis, nos quais, de acordo com ROXIN, não é possível fazer a distinção

¹²² JESCHECK/WEIGEND, **Tratado de Derecho Penal**, p. 265.

¹²³ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 301.

¹²⁴ DIAS, **Direito Penal**, p. 292.

entre substrato fático e valoração do substrato, que permitiria distinguir, no caso dos elementos de valoração global do fato divisíveis, entre erro de tipo e de proibição.

O critério utilizado por ele para identificar se um elemento de valoração global do fato seria ou não indivisível, dependeria da possibilidade do agente conhecer o significado social de sua conduta sem o conhecimento da valoração jurídica:

No obstante, la corrección general de la distinción entre erro de tipo y de prohibición no depende de que la misma sea practicable en cada uno de los tipos, sino que, el rigor de la teoria de la culpabilidad se puede contrarrestar precisamente exigiendo para el dolo la realización de una valoración jurídica allí donde sin ella no puede alcanzarse tampoco un conocimiento profano del significado social de la propia conduta.¹²⁵

O critério utilizado por ROXIN adquire extrema relevância para este trabalho, sobretudo, porque enfatiza o fato de haver elementos que não podem ter seu significado social conhecido, ainda que numa esfera do leigo, sem que exista a possibilidade de o agente conhecer a valoração jurídica.

Desse modo, percebe-se o quanto é importante no Direito penal socioeconômico estudar e delimitar bem os elementos normativos e de valoração global¹²⁶, visto que é essencial para o estudo do erro.

1.4 LEIS PENAIS EM BRANCO

Consoante DOVAL PAIS, apesar do que determinam os postulados de taxatividade para a produção das leis penais, existem razões práticas que impõem certas condições à formulação típica. Trata-se de atender às necessidades de previsão e síntese das leis, que fazem que as condutas proibidas tenham que ser expressas com certo grau de abstração, generalidade e economia. A esses fins serve o emprego de termos indeterminados (e assim podem ser tantos os elementos normativos quanto os descritivos) que permitem referir-se a uma variada gama de supostos da realidade em que seja necessário. É o que se chama de “normação sintética”, expressões que, sob uma forma simplificada, acolhem uma diversidade de supostos típicos cujo enunciado expresso e direto, expandido, faria que as normas

¹²⁵ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 465.

¹²⁶ Embora seja comum diferenciar elementos de valoração global de elementos normativos, não se deve pensar que os elementos de valoração global não sejam elementos normativos em sentido amplo, uma vez que aqueles não deixam de ser uma espécie destes.

fossem mais extensas ou, até mesmo, inoperantes na regulação de determinadas matérias. Ocorre que o legislador não conta apenas com os instrumentos já referidos, existindo outros meios relativos para o que se vem denominando “a composição” de seu texto. Entre eles se encontram as remissões normativas e, em particular, as leis ou normas penais em branco¹²⁷.

Cumpre advertir, desde já, no entanto, que a opção do legislador pela utilização dessas técnicas não se restringe a questões de operatividade. Existem distintos motivos para que ele deixe de aludir expressamente na lei determinados aspectos e os remeta a outras disposições, ainda que o resultado final, em todo caso, gere a simplificação do texto da lei penal¹²⁸.

VICENTE MARTÍNEZ, v.g., destaca que o recurso às técnicas de remissão normativa, independentemente de outras razões de índole política, é adotado pelo legislador por uma razão técnica, que se aplica perfeitamente aos delitos socioeconômicos, qual seja, a necessidade de evitar a petrificação da lei penal em matérias que estão submetidas, pela evolução social e econômica, a rápidas e bruscas alterações. Dado que a normativa penal, por sua peculiar natureza, não se presta a ser submetida a contínuas reformas, o legislador penal deixa a cargo de outras esferas competentes *ratione materiae* a determinação do âmbito concreto de sua incidência, remetendo a normativas extrapenais de complemento que integram e precisam o suposto de fato da lei penal¹²⁹.

Dentre as técnicas de remissão normativa, certamente a mais conhecida e utilizada é a das leis penais em branco. Essa expressão se atribui a BINDING, criador da chamada teoria das normas, que a teria utilizado pela primeira vez em 1872¹³⁰. De acordo com ele, há uma diferença entre a lei penal e a norma, o que implica que o criminoso, ao praticar um crime, não viola a lei penal, mas a norma. Para BINDING, portanto, a lei penal seria formada pelo tipo e pela sanção como conseqüência jurídica, sendo a norma um fator independente à lei penal, permanecendo implícita ao tipo, conforme explica ALFLEN SILVA:

¹²⁷ DOVAL PAIS, ob. cit., p. 77-78.

¹²⁸ Nesse sentido, vide DOVAL PAIS, ob. cit., p. 77-78.

¹²⁹ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. **El principio de legalidad penal**. Valencia: Tirant Lo Blabch, 2004. p. 52.

¹³⁰ BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**. Tomo I. 1ª ed. Leipzig, 1872. p. 74. Cf. DOVAL PAIS, ob. cit., p. 95.

Para Binding, a norma não perfaz um elemento da lei penal, ainda que seja declarada por uma regra jurídica, ao contrário, ela constitui uma regra jurídica completamente independente, de modo que a lei penal, por meio da qual a norma será declarada, pode ser anulada ou modificada e esta pode permanecer inalterada e por isso intacta.¹³¹

No desenvolvimento dessas investigações sobre a estrutura das normas e das leis penais, BINDING constatou a existência de algumas *lex imperfectas*, que designou “leis penais em branco”¹³². ALFLEN DA SILVA ensina que BINDING já se preocupava com a questão da pouca clareza das leis penais em branco, uma vez que seriam incompletas, de acordo com sua teoria das normas, pois, ao contrário das leis penais perfeitas, determinariam integralmente somente a sanção, sendo que o preceito, descrito de modo impreciso, remeteria a outra disposição legal para sua complementação¹³³.

BINDING as caracterizou pelos seguintes aspectos:

Por amenazar con una pena la contravención de prohibiciones establecidas por la autoridad federal, local, por otra autoridad o un poder legislativo particular (“Partikulargesetzgebung”); por permitir al Derecho particular (o sea, no estatal) decidir qué autoridad es la facultada para establecer la prohibición correspondiente; por possibilitar que esta prohibición se establezca tiempo después de dictada la ley penal, por lo que ésta entretanto permanecerá como un cuerpo errante en busca de su alma; por hacer depender de la voluntad de la correspondiente autoridad qué haya de ser escrito sobre el “blanco” (“Blankett”) de la Ley; porque durante la vigencia de la Ley penal, la prohibición puede variar completamente y, en consecuencia, bajo una misma Ley penal puede ser mañana prohibido lo que hasta ayer era un mandato, y mañana un mandato lo que ayer acarreaba una pena de prisión de hasta dos años; porque eventualmente puede que lo que permita hacer la autoridade de un Estado sea lo que prohíba la autoridad de outro, y que en consecuencia sea castigado por el Imperio aquello que en otro lugar considero que no debía castigar.¹³⁴

Deve-se a MEZGER a distinção entre leis penais em branco em sentido amplo e leis penais em branco em sentido estrito. A questão da diferenciação entre ambos os sentidos, deriva, primordialmente, da fonte jurídica da qual advém a norma de complementação. Enquanto na lei penal em sentido amplo a norma de complementação procede da mesma instância legislativa, no caso da lei penal em

¹³¹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 28

¹³² Ibid., p. 37.

¹³³ Ibid., p. 41.

¹³⁴ BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**. Tomo I. 3a ed. Leipzig, 1916. p. 162. Citado e traduzido por DOVAL PAIS, ob. cit., p. 95-96.

branco em sentido estrito a norma de complementação é proveniente de uma instância diversa da de cominação da pena¹³⁵.

GARCÍA CAVERO esclarece que nas leis penais em branco *lato sensu* não existe infração do princípio da legalidade no sentido de distribuição de poder, pois tanto a lei penal como a especial complementar são expedidas pelo legislador (ou por uma delegação de faculdades legislativas), sucedendo somente que os critérios de decisão para determinar a conduta proibida se encontram repartidos nas leis¹³⁶.

Embora GARCÍA CAVERO mencione o posicionamento de TIEDEMANN, no sentido de existir uma possível ruptura do mandado de determinação no caso das leis penais em branco *lato sensu*, dado que só alcançaria a lei penal e não a especial, defende que tal problema não ocorreria, visto que a cláusula de remissão da lei penal em branco faz que a parte pertinente da lei especial passe a formar parte da lei penal, com todos os requerimentos exigidos pelo mandado de determinação¹³⁷. Contudo, o autor adverte que se da interpretação conjunta da lei penal e da lei especial não resultam critérios suficientes para determinar o caráter lesivo de uma conduta concreta, estar-se-á, então, ante a uma lei incompleta e, por isso, contrária ao mandado de determinação¹³⁸.

Já no que tange às leis penais em branco em sentido estrito, as dificuldades em se sustentar a não violação do mandado de determinação parecem maiores, principalmente, pelo fato de a elaboração dos atos administrativos não se submete às mesmas exigências procedimentais a que se vincula o processo legislativo.

O que se destaca no fenômeno das leis penais em branco em sentido estrito é, sem sombra de dúvida, a problemática da acessoriedade administrativa, uma vez que com o incremento da complexidade das relações econômicas, cada vez mais o Estado tem delegado competências legislativas para o Executivo, o que suscita um sério problema de legitimidade num Estado de Direito.

Realmente, as normas penais em branco em sentido estrito possuem características específicas, que são dignas de menção, pois suscitam uma série de questões acerca de sua inconstitucionalidade, além de se relacionarem diretamente com o tratamento do erro.

¹³⁵ MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Tradução, revisão e atualização de J. A. Rodríguez Muñoz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 396-397.

¹³⁶ GARCÍA CAVERO, ob. cit., p. 146.

¹³⁷ Ibid., p. 147.

¹³⁸ Id.

Dentre as várias peculiaridades de algumas leis penais em branco em sentido estrito, aponta-se a questão da dinamicidade das alterações de sua norma complementar, sendo que se considera essa forma de lei penal em branco uma infração do mandado de determinação, pois não permite fixar definitivamente a conduta proibida, devido ao caráter variado da norma complementar¹³⁹.

GARCÍA CAVERO, todavia, servindo-se da teoria do Tribunal Constitucional Alemão, segundo a qual a lei penal em branco não é inconstitucional se determina plenamente a conduta proibida, deixando em mãos da lei de menor hierarquia somente a função de concretizar os critérios de decisão já estabelecidos na lei penal¹⁴⁰, considera que a inconstitucionalidade só surgirá se a lei penal em branco não oferecer um marco objetivo de decisão, ou o faz de modo tão inespecífico que não seja possível vislumbrar qualquer marco objetivo de decisão¹⁴¹.

Da observação de GARCÍA CAVERO surge outra característica de algumas leis penais em branco, que se refere à totalidade da remissão. Fala-se de remissões totais quando existe uma absoluta ausência de concretização no tipo penal, de tal modo que este se limita simplesmente a estabelecer a sanção e relega a determinação de toda a esfera do punível a uma instância diferente¹⁴². Nessa espécie de remissão, afirma-se que o conceito atual de norma penal em branco em sentido estrito se aproxima muito da noção originária de lei penal em branco, concebida como carente de norma, tão criticada desde a ótica político-jurídica, por supor uma vulneração frontal do princípio da legalidade¹⁴³.

Não se deve pensar, porém, que a possibilidade de existir um marco objetivo de decisão nas chamadas “remissões parciais” implique segurança jurídica, sobretudo, pelo fato de que pode haver remissões em cadeia classificadas como remissões de primeiro e de segundo grau.

Conhece-se como remissão de primeiro grau aquela que se realiza diretamente, sem ulteriores remissões, a uma disposição extrapenal. De outro lado, denomina-se lei penal em branco de segundo grau aquela que, sendo em si mesma

¹³⁹ GARCÍA CAVERO, ob.cit., p. 150.

¹⁴⁰ Ibid., p. 148.

¹⁴¹ Ibid., p. 149.

¹⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 247.

¹⁴³ Ibid.

objeto de remissão por parte de uma lei em branco de primeiro grau, reenvia a uma terceira disposição para completar a matéria punível¹⁴⁴.

Deve-se atentar, ainda, para o fato de que a remissão ao órgão administrativo pode ser tanto expressa quanto implícita, ou seja, na própria lei penal em branco pode ser estabelecido que o significado de determinado termo será concretizado pela autoridade administrativa, ou, ao contrário, pode ser que alguns termos presentes na lei penal em branco tenham o seu significado especificado por um órgão administrativo, embora sem designação expressa na lei penal em branco¹⁴⁵.

Nesse ponto, surge uma discussão controvertida na doutrina, pois quando há na lei penal em branco em sentido estrito uma remissão implícita, pode surgir muita dificuldade em se diferenciar tipos formados por elementos normativos das chamadas normas penais em branco. Contudo, a dificuldade surge apenas em relação aos elementos normativos jurídicos, uma vez que quando se trata de elementos normativos sociais, não se pode falar de uma vinculação substancial com o fenômeno das leis penais em branco, dado que estas se referem apenas àquelas normas cuja regra de complementação advém do próprio âmbito jurídico¹⁴⁶.

Sobre o assunto, DOVAL PAIS consigna que nem a definição mais estendida e ampla dos elementos normativos, no sentido de que seriam os que necessitam de uma valoração, e nem a definição que os concebe como sendo os que existem sob o pressuposto de uma norma permitem distingui-los das leis penais em branco¹⁴⁷.

De qualquer forma, podem ser mencionadas duas principais posições que tentam diferenciar esses institutos.

GARCÍA ARÁN entende que não é possível identificar os conceitos de lei penal em branco em que a remissão é feita de forma implícita, com o caso oposto, no que propõe como critério de distinção o fato de que no caso das leis penais em branco, ao contrário do que ocorre no caso dos elementos normativos jurídicos, existe uma remissão em bloco à normativa extrapenal¹⁴⁸.

Por sua parte, GARCÍA CAVERO entende que a distinção existente não repercute na imputação subjetiva, defende que na lei penal em branco a especificação da conduta proibida se realiza por meio de uma remissão a normas

¹⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 247.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 248.

¹⁴⁶ GARCÍA ARÁN, *ob.cit.*, p. 66 e ss.

¹⁴⁷ DOVAL PAIS, *ob. cit.*, p. 104.

¹⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 248.

extrapenais, tratando-se, portanto, de uma especificação que não depende do Juiz, mas da lei extrapenal. No caso dos elementos normativos de caráter jurídico, pelo contrário, a especificação do elemento normativo para o caso concreto é feita propriamente pelo juiz, ainda que este tenha que seguir critérios de referência estabelecidos legalmente¹⁴⁹.

Apesar de GARCÍA CAVERO considerar que no caso das leis penais em branco o juiz esteja muito mais vinculado com as normas complementares ou especificadoras, ressalta que o Direito penal não é acessório do Direito civil, comercial ou administrativo, o que implica considerar que as normas extrapenais devem ser interpretadas conforme seu âmbito de procedência só enquanto permitam configurar os critérios parciais de decisão estabelecidos pela norma penal ou ajudem a torná-los específicos nas situações concretas¹⁵⁰. Defendem o mesmo posicionamento BUSTOS RAMÍREZ¹⁵¹ e COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN¹⁵².

Todas essas sucintas considerações acerca de alguns dos aspectos mais importantes do fenômeno das leis penais em branco e da conseqüente acessoriedade administrativa revelam que ainda há muito para ser investigado acerca da estrutura dos elementos do tipo.

1.5 CONCLUSÕES A RESPEITO DA DEFINIÇÃO E DELIMITAÇÃO DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO, LEIS PENAIS EM BRANCO E ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO

Como já restou fixado anteriormente, para o desenvolvimento deste trabalho, entender-se-á que os *elementos normativos* do tipo penal são os que existem sob o pressuposto lógico de uma regra constitutiva (jurídica ou não), possuindo uma função atribuída, por meio da intencionalidade coletiva, que não pode ser realizada apenas em razão das características físicas do objeto. Aceita-se a idéia de que a remissão feita por intermédio do elemento normativo é complementada por análise do julgador, ainda que respaldada em critérios legais.

¹⁴⁹ GARCÍA CAVERO, ob.cit., p. 256.

¹⁵⁰ Ibid., p. 257.

¹⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al Derecho penal**. Santiago (Chile): Jurídica Ediar-ConoSur, 1989. p. 61.

¹⁵² COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho Penal: Parte General**. 4ª ed. Valencia, 1996.

Os *elementos de valoración global do fato*, espécie de elementos normativos, por sua vez, são os que supõem uma remissão ao conjunto do ordenamento jurídico (e não a uma norma determinada) para estabelecer os pressupostos objetivos (positivos e negativos) que fundamentam o juízo de antijuridicidade, contendo o próprio juízo da antijuridicidade. *Elementos de valoración global do fato indivisíveis* são os que dependem do conhecimento da valoración jurídica concreta para que o agente possa conhecer o significado social de sua conduta.

Com relação às *leis penais em blanco*, entende-se que são as que fazem remissão a outra norma jurídica (específica) de natureza diversa (não penal) para realizar a descrição do fato típico. Assim, abrangem as leis que fazem remissão a normas de instância inferior ou de mesma instância, desde que estas não possuam natureza penal. Fundamenta-se essa posição nos argumentos aduzidos por MIR PUIG que, pela relevância e clareza, justificam a longa transcrição:

Más discutida es la cuestión de si deben considerarse leyes penales en blanco todas las que remiten a un cuerpo legal distinto, cualquiera que sea su rango, o únicamente aquéllas en que el complemento debe buscarse en una instancia inferior.

De optarse por este último sentido más estricto, se volvería al punto de partida histórico del concepto de ley penal en blanco: ésta se concibe como una “autorización” a una instancia inferior. En el fundamento de este concepto, así entendido, descansaba algo más que una pura “técnica legislativa”, contra lo que pretendió Mezger. Se trataba de un procedimiento dotado de significado político vinculado al *principio de legalidad*. Era la única vía –de la cual debe hacerse uso excepcional- que permitía definir delitos a la Administración Pública o a otros órganos de inferior jerarquía a la exigida por el principio de legalidad –que como veremos en la Lección 4, II, reserva al Parlamento la aprobación de normas penales y plantea, por tanto, la cuestión de la constitucionalidad de las leyes penales en blanco en sentido estricto-. Pues bien, este significado *político* es ajeno a las modalidades que añadió Mezger, que constituyen –éstas sí- un mero expediente técnico.

Pero hay otros aspectos que hacen preferible un concepto algo más amplio de ley penal en blanco, que abarque todos los casos en que el complemento se halla fuera del Código o Ley de que se trate, con independencia de si es del mismo o de inferior rango que ésta. A los efectos de tratamiento del error... y de la retroactividad de la ley penal más favorable..., el hecho de que el supuesto de hecho se describa un cuerpo legal distinto al que señala la pena, plantea una problemática que es Independiente de la jerarquía respectiva de las Leyes en juego.

En cuando al error, suscitan idénticos problemas todos los casos en que el supuesto de hecho esté definido en una Ley no penal. Anteriormente, estos supuestos se consideraban como de error de derecho extrapenal, lo que permitía admitir su eficacia exculpante pese a que no se aceptaba en las demás clases de error de derecho... En la actualidad se distingue entre el error sobre los elementos del supuesto de hecho del precepto no penal (a tratar como todo “error de tipo”) y el error sobre la existencia o límites de dicha norma (a tratar como todo “error de prohibición”, cuya relevancia hoy ya se reconoce con carácter general)...

Tampoco en matéria de retroactividad de la ley más favorable cabe discriminar según la jerarquía de la Ley en que se encierra el complemento. En los dos casos posibles –igual e inferior rango- se plantea de igual forma la cuestión de si ha de aplicarse retroactivamente, según el art. 2, 2 CP, la Ley penal en blanco que ha visto modificado su complemento por alteración, beneficiosa para el reo, de la fuente en que se halla dicho complemento. Así, si se modifican los reglamentos a que alude el art. 363 CP. El difícil problema que ello suscita no se ve afectado por la jerarquía de la disposición modificada, por lo que deja de ser útil, a estos efectos, limitar el concepto de ley penal en blanco a los casos de remisión a una instancia legislativa inferior.

Por estas razones, de igualdad de tratamiento de los supuestos posibles de complemento situado *fuera de la ley* en que se halla el precepto penal en blanco, es oportuno incluir en este concepto todo precepto definidor de un delito que deje la determinación de alguna parte específica del supuesto de hecho a cargo de otras leyes, reglamentos o actos de Administración.¹⁵³

Por fim, é necessário se posicionar quanto ao critério de delimitação entre *elementos normativos jurídicos e leis penais em branco*. Não se entende como adequado o critério do carácter explícito das leis penais em branco, pois, como consigna DOVAL PAIS, trata-se de um dado meramente formal que, materialmente, poderia possuir, entretanto, um mesmo significado¹⁵⁴.

Seria preferível a proposta que registra que na lei penal em branco a especificação da conduta proibida se realiza por meio de uma remissão a normas extrapenais, tratando-se, portanto, de uma especificação que não depende do juiz, mas da lei extrapenal, ao passo que, no caso dos elementos normativos de carácter jurídico, pelo contrário, a especificação do elemento normativo para o caso concreto é feita propriamente pelo juiz, ainda que este tenha que seguir critérios de referência estabelecidos legalmente. Isso bem demonstra que a utilização de elementos normativos jurídicos é ainda mais temerária e problemática, sob ponto de vista das garantias individuais, do que as leis penais em branco.

DOVAL PAIS, contudo, afirma que esse critério poderia ser útil em relação aos elementos sujeitos a uma valoração judicial, mas não serve para os casos que ditos elementos enviam a outras normas¹⁵⁵.

A questão, como se vê, está totalmente aberta e indefinida na doutrina. Diante disso, para os fins deste trabalho, adotar-se-á o posicionamento dos que preferem identificar de modo substancial as noções de Leis penais em branco e de elementos normativos jurídicos que remetem a disposições prescritivas extrapenais, com a

¹⁵³ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 4ª ed. Barcelona: PPU, 1996. p. 34-35.

¹⁵⁴ DOVAL PAIS, ob. cit., p. 105.

¹⁵⁵ Ibid., p. 104.

única condição de que estes últimos elementos não impliquem uma valoração definitiva sobre a antijuridicidade penal global do fato¹⁵⁶. Ambos os institutos possuem a mesma natureza e as mesmas características, causando os mesmos problemas e gerando os mesmos efeitos dogmáticos. Especificamente sobre o erro, não há como se admitir que seja dado tratamento diferenciado aos dois institutos. Como consigna SILVA SÁNCHEZ, é absurdo aceitar que algo valha para um tipo que contém a expressão “com infração das correspondentes disposições e regulamentares” não valha para outro que se limita a conter o elemento “ilegalmente” ou “indevidamente”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ MATÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 250.

¹⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. Las Comunidades Autónomas y el nuevo Código penal. In **Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas**. Barcelona, p. 1046-1068, 1997.

2 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ERRO: PONTOS DE PARTIDA

O que se pretende neste capítulo, é, apenas, realizar uma análise geral da teoria do erro no Direito penal, com o fim de contextualizar os problemas que constituem o foco principal do presente trabalho. Não se almeja, portanto, uma elaboração aprofundada ou inovadora, mas, sim, fixar alguns pontos de partida. Além disso, a questão é amplamente abordada pelos bons tratados de Direito penal e por livros dedicados ao assunto. No entanto, alguns pontos específicos merecerão um tratamento um pouco mais aprofundado, pois geram impactos relevantes nas abordagens que seguirão, mas, ainda, sem intenções de exaurimento.

Inicialmente, realizar-se-á um exame das teorias do dolo e da culpabilidade, discussão que vem sendo retomada na atualidade, em razão, sobretudo, das especificidades do erro no Direito penal socioeconômico. Na seqüência, analisar-se-á o erro de tipo, o erro de proibição e o erro de subsunção, especialmente, nos termos da Lei brasileira em vigor, somente apresentando seus conceitos e seus efeitos. Um tratamento mais aprofundado receberá o objeto do elemento intelectual do dolo e a intensidade da representação das circunstâncias de fato, bem como a questão referente ao objeto do conhecimento da antijuridicidade (indispensável à conformação da culpabilidade) e a pontual situação do desconhecimento da lei. Por fim, será analisada a delimitação entre erro de tipo, erro de proibição e erro de subsunção.

2.1 AS TEORIAS DO DOLO E DA CULPABILIDADE

Opta-se, neste trabalho, a não realizar uma acurada análise história acerca do tratamento do erro no Direito penal, com regressões aos períodos grego, romano e medieval. O que mais interessa ao presente estudo é o momento posterior àquele em que se distinguia erro de fato de erro de Direito.

Sob essa perspectiva surgiram concepções opostas, com variações e pormenores, com as chamadas “teoria do dolo” e “teoria da culpabilidade”, que passarão a ser brevemente analisadas, com a abordagem de suas principais subdivisões, ou seja, extremadas e limitadas.

2.1.1 Teorias do dolo

Para os defensores da teoria *extremada* do dolo¹⁵⁸, considera-se que a culpabilidade exige algo mais do que apenas a vontade, ou seja, visualizava-se na culpabilidade um juízo de reprovação sobre a vontade má. O agente do crime precisa decidir-se entre o lícito e o ilícito. O dolo é situado na culpabilidade e, por sua vez, a consciência da antijuridicidade no próprio dolo. Desse modo, o dolo é considerado como *dolus malus*, contendo a vontade, a previsão e o conhecimento de que se realiza uma conduta proibida.

O conhecimento da antijuridicidade deve ter, psicologicamente, o mesmo caráter e intensidade que o conhecimento de qualquer outro dado configurador do fato delitivo, seja um simples elemento descritivo do tipo de delito em questão, um normativo ou o pressuposto objetivo de uma causa de justificação. O conhecimento de todos esses dados, inclusive o da antijuridicidade, tem que ser atual e referido ao momento do fato. A falta desse conhecimento, qualquer que seja sua causa ou origem, determina a ausência do dolo e, assim, a impossibilidade de impor a pena correspondente à realização dolosa do delito em questão¹⁵⁹.

Valendo-se da didática lição de TOLEDO, pode-se afirmar que para os seguidores da teoria *extremada*, quem realiza um fato previsto como crime, embora queira realizá-lo e saiba das conseqüências almejadas de seu ato, não agirá com dolo se, a um só tempo, não atuar com o conhecimento, no momento mesmo de seu agir (consciência atual), de que realiza algo proibido (antijurídico). Se faltar ao agente esse conhecimento atual, apesar de ter querido e feito o que fez, o fato não terá sido doloso, porque o seu causador voluntário agiu “cegamente”, isto é, não teve oportunidade de eleger entre o lícito e o ilícito¹⁶⁰.

Diante disso, o erro jurídico penal sempre exclui o dolo, permitindo, no entanto, a punição por fato imprudente, desde que haja previsão legal. O erro de tipo e o erro de proibição, portanto, são equiparados, possuindo os mesmos efeitos, ou seja, excluem o dolo e, conseqüentemente, a tipicidade.

¹⁵⁸ Essa concepção foi defendida, em seu tempo, especialmente por BINDING, NAGLER e MEZGER (este último, posteriormente, veio a desenvolver a teoria limitada do dolo). Mais recentemente, pode-se citar como seus defensores SCHRÖDER, LANG-HINRISCHSEN, OEHLER, RITTLER, SAUER, BAUMAN, WEBER e SCHMIDHÄUSER. Cf. MAURACH/ZIPF, ob. cit., p. 646.

¹⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 25.

¹⁶⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. Teorias do dolo e teorias da culpabilidade: teorias extremadas e teorias limitadas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, volume 566, ano 71, dezembro de 1982. p. 271.

MUÑOZ CONDE destaca a importância dessa teoria por ter sido a primeira a exigir, por considerações intra-sistemáticas e político-criminais, o conhecimento da antijuridicidade como requisito indispensável à imposição de uma pena¹⁶¹.

Entretanto, conforme o mesmo autor, foram realizadas diversas críticas à teoria *extremada*, desde os pressupostos metodológicos de que parte até as consequências político-criminais a que conduz. Em síntese, pode-se apontar as seguintes principais objeções: a) o dolo que abarca a tipicidade não teria relação nenhuma com o conhecimento da antijuridicidade, que se situaria num plano sistemático distinto e com diversa função político-criminal; b) enquanto o conhecimento de um elemento pertencente à descrição do fato de um tipo legal constituiria, normalmente, um simples ato de percepção visual de um objeto (elemento descritivo) ou de uma apreensão do significado social ou jurídico desse objeto por meio de uma valoração paralela na esfera do leigo (elemento normativo), o conhecimento da antijuridicidade seria um ato psicológico mais profundo, que não se produziria num momento determinado, sendo resultado de um longo processo de aprendizagem de internalização das pautas de conduta e sistemas de valor, de formação do superego, etc.; c) tratar o erro de proibição do mesmo modo que o erro de tipo conduziria a dificuldades probatórias insuperáveis no processo penal e a inadmissíveis lacunas ou atenuações da punibilidade¹⁶².

A teoria *limitada* do dolo surgiu¹⁶³ para tentar aperfeiçoar a anterior e superar referidas críticas, especialmente, no que se refere às consequências político-criminais (supostas absolvições infundadas e condenações injustificadas por “culpa de Direito”, consoante seus críticos)¹⁶⁴. Não há divergência no que se refere aos postulados básicos da teoria *extremada*, mas foram propostas algumas alterações.

Segundo seus defensores¹⁶⁵, há casos em que o autor de um delito mostra uma atitude de total desprezo ou de indiferença diante dos valores fundamentais do ordenamento jurídico (“cegueira” ou “inimizade jurídica”), merecendo ser castigado com a pena correspondente ao delito doloso, ainda que não se possa o demonstrar, porque, entre outras coisas, não teve uma consciência atual da antijuridicidade de

¹⁶¹ MUÑOZ CONDE, **El error en Derecho Penal**, p. 26.

¹⁶² *Ibid.*, p. 26-31.

¹⁶³ Cf. MAURACH/ZIPF essa concepção tem sua origem numa correspondente formulação do erro de proibição no projeto Gürtner (1936). MAURACH/ZIPF, *ob. cit.*, p. 648.

¹⁶⁴ Nesse sentido, MAURACH/ZIPF, *ob. cit.*, p. 648.

¹⁶⁵ Seus principais defensores foram MEZGER e NOWAKOLSKI. Com consideráveis modificações, também Arthur KAUFMANN. Cf. MAURACH/ZIPF, *ob. cit.*, p. 648.

seu fazer¹⁶⁶. Assim, conforme entendem, é suficiente um conhecimento meramente potencial, agindo dolosamente não apenas quem comete o crime querendo e sabendo que atua no terreno do ilícito, mas também aquele que, mesmo sem esse conhecimento, tinha possibilidade de saber que o seu agir era algo proibido, ou socialmente danoso¹⁶⁷.

Buscou-se fundamento para essa teoria numa necessidade da vida prática e, ainda, numa concepção de culpabilidade em que não só o fato, mas também a atitude observada pelo autor do fato durante toda sua vida em relação ao Direito, constituem o objeto de reprovação de culpabilidade. É o que se costumou chamar de “culpabilidade pela condução de vida”¹⁶⁸.

As principais críticas formuladas à teoria *limitada* foram, basicamente, as seguintes: a) o conceito de “cegueira” ou “inimizade jurídica” seria impreciso e inadequado para descobrir a atitude mais ou menos despreocupada que muitos delinquentes mostram ante as normas jurídicas; b) haveria incompatibilidade entre a culpabilidade pela condução de vida e a culpabilidade pelo fato; c) a teoria *limitada* não conseguiria superar as críticas formuladas à teoria *extrema* do dolo; d) incorreria na ficção de ter que equiparar ao conhecimento atual da antijuridicidade outros tipos de conhecimento não atuais, conscientes ou inconscientes, potenciais e presumidos; e) não poderia evitar lacunas de punibilidade que surgem da remissão, em caso de inevitabilidade do erro, à forma de comissão imprudente do delito, que nem sempre é punível; e, f) não pareceria a mais adequada para tratar corretamente os casos de erro de proibição vencível equiparando-os aos casos de erro de tipo vencível¹⁶⁹; g) teria introduzido no Direito penal a possibilidade de condenação do agente não por aquilo que ele faz, mas por aquilo que ele é, daí derivando, em linha reta, um discutível e pouco seguro Direito penal de autor¹⁷⁰.

2.1.2 Teorias da culpabilidade

As teorias da culpabilidade são atreladas, basicamente, à teoria finalista da ação, utilizando sua estrutura, com a inclusão do dolo no tipo e da consciência da

¹⁶⁶ MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, p. 32.

¹⁶⁷ TOLEDO, *Revista dos Tribunais*, p. 272.

¹⁶⁸ MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, p. 33.

¹⁶⁹ Id.

¹⁷⁰ TOLEDO, *Revista dos Tribunais*, p. 272.

antijuridicidade na culpabilidade. Seus defensores partem da noção de que o conhecimento da antijuridicidade não é um elemento do dolo, mas um elemento independente dentro da culpabilidade. O dolo, como conhecimento e vontade de realizar os elementos do tipo, é concebido como um dolo natural e não como *dolus malus*, não incluindo o conhecimento da antijuridicidade.

O conhecimento da antijuridicidade, a qual é considerada na culpabilidade, passou a ser tratado pelos princípios que regem esta categoria de delito, ou seja, graduando a sua maior ou menor gravidade, segundo o grau de reprovabilidade do autor. Assim, se o erro for evitável, há apenas atenuação da pena correspondente ao tipo de delito cometido e não a conversão deste, em caso que seja doloso, em delito imprudente¹⁷¹.

Ao se tratar o dolo e o conhecimento da antijuridicidade separadamente, deduz-se uma importante conclusão, no sentido de que, se possuem naturezas distintas, podem ser tratados de maneiras também distintas, não requerendo o mesmo grau de consciência. Diante disso, o conhecimento da antijuridicidade não precisa ser atual, mas meramente potencial, sendo suficiente que o sujeito tenha tido a possibilidade de conhecer o caráter antijurídico de seu fato, ainda que no caso concreto não tivesse realmente esse conhecimento¹⁷².

Dentro dessa nova estrutura do dolo e da culpabilidade, o erro jurídico-penal, por uma imposição lógica, não mais se apresenta sempre como causa de exclusão do dolo, passando a depender do efeito que irá produzir. Conforme TOLEDO, passa-se a ter o seguinte: a) se o erro, nas circunstâncias, anula o elemento intelectual do dolo, excluirá certamente o dolo e, então, classifica-se como erro de tipo (erro sobre elemento do tipo); b) se, no entanto, o erro, em certas circunstâncias, anula apenas a consciência potencial da antijuridicidade, deixará intacto o dolo de tipo, mas irá excluir a culpabilidade, classificando-se, então, como erro de proibição (erro sobre a antijuridicidade do fato), pois o elemento normativo “consciência potencial da antijuridicidade” faz parte, agora, da culpabilidade.¹⁷³ Como registra o mesmo autor, disso resultam três conseqüências muito importantes¹⁷⁴, que passarão a ser analisadas.

¹⁷¹ MUÑOZ CONDE, **El error en Derecho Penal**, p. 34.

¹⁷² Id.

¹⁷³ TOLEDO, **Revista dos Tribunais**, p. 273.

¹⁷⁴ Id.

Para ele, a *primeira* é que o erro poderá ser de tipo ou de proibição. O erro de tipo exclui o dolo, sem afetar qualquer dos elementos da culpabilidade. Por sua vez, o erro de proibição exclui a culpabilidade, se inevitável, deixando intacto o dolo com todos os seus elementos, porém anulando algo além disso, isto é, a possibilidade de aperfeiçoamento do crime.

A *segunda* conseqüência é que no erro de tipo, excludente do dolo, permanecendo intacta a culpabilidade, o agente pode ser condenado por crime imprudente, se previsto em lei. O erro de tipo exclui o dolo, quer seja evitável ou inevitável, pois só se pode pensar num erro de tipo evitável, que não se evitou na hipótese de culpa estrito senso, que, de qualquer modo, faz cair a figura dolosa.

Por fim, como *terceira* conseqüência, aponta que no erro de proibição inevitável (aqui é indispensável a inevitabilidade, porque o erro evitável é sujeito a censura, não excluindo, portanto, a culpabilidade) não há condenação possível, seja por dolo ou por imprudência estrito senso. Excluída a culpabilidade, a absolvição se impõe, seja o fato doloso ou imprudente, pois tanto num como noutro se exige sua ocorrência.

As teorias da culpabilidade foram amplamente aceitas sob o pressuposto de que evitariam os casos de impunidade que a teoria do dolo permitiria. Além disso, enquanto a teoria *extremada* do dolo exigia o conhecimento atual da antijuridicidade, obrigando os tribunais a se utilizar de todo tipo de ficções para fazer viável tal requisito, as teorias da culpabilidade satisfazem-se com a mera potencialidade do conhecimento. Como assevera MUÑOZ CONDE, foi ela amplamente aceita mais por suas conseqüências político-criminais do que pelo rigor de suas premissas metodológicas¹⁷⁵.

Apesar dessa grande aceitação, muitas críticas também foram realizadas, sendo as duas principais, resumidamente, as seguintes: a) as teorias da culpabilidade não seriam mais do que um meio termo entre a tese tradicional de irrelevância plena do erro de proibição e a teoria do dolo, sendo que a questão da vencibilidade do erro seria um mero ardil sem aplicação prática efetiva (como de fato ocorre na jurisprudência brasileira); e, b) a distinção entre o dolo, concebido como conhecimento e vontade dos elementos do tipo, e conhecimento da antijuridicidade, seria sistematicamente possível, mas, igualmente à distinção entre tipo e

¹⁷⁵ MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, p. 37.

antijuridicidade em alguns delitos, dificilmente realizável (sobretudo no que se refere aos elementos normativos).

Expostos os pontos de coincidência das teorias *extremada* e *limitada*, bem como as críticas aplicáveis a ambas, pode-se passar à análise das diferenças entre elas, que divergem, basicamente, a respeito do tratamento do erro sobre as causas de justificação.

A teoria *extremada* da culpabilidade¹⁷⁶ sustenta que todo e qualquer erro que recaia sobre uma causa de justificação constitui erro de proibição, o que, segundo defende, torna evidentemente impossível a condenação por fato imprudente ou por excesso imprudente, já que o erro de proibição inevitável, como visto, exclui a culpabilidade, tornando inviável a condenação por dolo ou por imprudência. Já o erro de proibição evitável não impede a condenação por fato doloso, mas inviabiliza a condenação por fato imprudente, por não ser imaginável um fato doloso ao mesmo tempo imprudente¹⁷⁷.

Devem ser tratados como erros de proibição tanto as hipóteses em que o sujeito admite erroneamente a existência de uma causa de justificação que a lei realmente não admite, ou exceda os limites permitidos por esta, como aquelas outras em que o sujeito crê equivocadamente que se fazem presentes os pressupostos objetivos que fundamentam uma causa de justificação.

Já a teoria *limitada* da culpabilidade¹⁷⁸ defende que é necessário diferenciar essas situações e lhe outorgar um tratamento diferenciado. Assim, o erro sobre a existência ou limites de uma causa de justificação deve ser tratado como um erro de proibição, da mesma maneira que sustenta a teoria *extremada* da culpabilidade. No entanto, o erro sobre os pressupostos objetivos da causa de justificação deve ser tratado como erro de tipo e, portanto, em caso de vencibilidade ou evitabilidade, acarretar a responsabilidade por eventual delito imprudente.

Conforme MUÑOZ CONDE, apontam-se três principais argumentos em favor da teoria *limitada* da culpabilidade: a) no erro sobre os pressupostos das causas de justificação o sujeito almejaria algo que a lei permite (seria “fiel ao Direito”), ao passo que o sujeito que erra sobre a existência ou sobre os limites de

¹⁷⁶ Seus principais defensores foram WELZEL, SCHMIDT, HARTUNG, HEITZER, BOCKELMANN e WARDA. Cf. MAURACH/ZIPF, ob. cit., p. 650.

¹⁷⁷ TOLEDO, **Revista dos Tribunais**, p. 273.

¹⁷⁸ Seus principais defensores são HIPPEL, WEBER, BUSCH, SCHAFFSTEIN, LANGE, ROXIN, ENGISCH, STRATENWERTH e WESSELS. Cf. MAURACH/ZIPF, ob. cit., p. 651.

uma causa de justificação quer algo que a lei não permite, ainda que o suponha estar permitido; b) haveria uma efetiva semelhança entre a situação do agente que age em erro de tipo e o que age em erro sobre os pressupostos das causas de justificação, pois em ambos ocorreria uma imprudência de fato; e, c) o argumento da conseqüência jurídica, que por sua vez constitui uma teoria autônoma, no sentido de que apesar de no erro sobre os pressupostos das causas de justificação o fato segue sendo doloso, seria conveniente que fosse tratado com a pena do delito imprudente, baseando-se para isso também em considerações de justiça material que permitem uma correção à rígida concepção da teoria estrita da culpabilidade¹⁷⁹.

Por fim, importante destacar, em apertada síntese, as críticas suscitadas em face da teoria *limitada* da culpabilidade: a) castigaria um fato doloso com a pena de delito imprudente, ou seja, apresentaria os mesmos inconvenientes que a teoria do dolo, mas nenhuma das suas vantagens; b) incluiria no erro de tipo o que de acordo com seus pressupostos sistemáticos é um erro de proibição; e, c) seria algo excessivamente formalista distinguir dentro do âmbito de uma causa de justificação entre a existência de uma causa de justificação e os seus pressupostos objetivos, pois isso conduziria a uma automatização da teoria do erro verdadeiramente complicada¹⁸⁰.

2.2 O ERRO DE TIPO

2.2.1 Conceito e efeitos

O atual tratamento do erro no Brasil é regido pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que alterou a parte geral do Código Penal de 1940. Adotou-se a teoria limitada da culpabilidade. A lei anterior, cumpre registrar, mencionava “erro quanto ao fato que constitui crime” e não “erro sobre elementos do tipo”. Logo, foi em 1984 que a distinção entre erro de tipo e erro de proibição, superando os conceitos de erro de fato e erro de Direito, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro.

Interessante observar a “Exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal”, no que se refere ao erro:

¹⁷⁹ MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, p. 42.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 42-43.

É, todavia, no tratamento do *erro* que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de *erro* construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da *consciência potencial* da ilicitude (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade” (“Culpabilidade e a problemática do erro jurídico penal”, de Francisco de Assis Toledo, in *RT* 517|251).¹⁸¹

O artigo 20 do Código Penal brasileiro assim dispõe:

Erro sobre elementos do tipo

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.

Discriminantes putativas

1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Erro determinado por terceiro

2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a pessoa

3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.¹⁸²

Diante desse contexto, costuma-se definir o erro de tipo, no caminho estabelecido pela Lei brasileira, como falta de conhecimento ou conhecimento equivocado acerca dos elementos do tipo.

Como se nota da própria exposição de motivos referida, o legislador brasileiro se baseou na doutrina alemã, valendo mencionar a didática lição de MAURACH/ZIPF. Segundo eles, o quadro completo do delito doloso só se dá quando a ação cometida pelo autor contém todos os elementos do fato criminoso e quando o autor tenha reproduzido em sua subjetividade os elementos essenciais desse fato. Só é possível falar de um fato dolosamente cometido se a representação do autor do ato criminoso coincide com esse mesmo fato. O erro de tipo, diante disso, ocorre quando o acontecer objetivo não é abarcado em sua integralidade pela

¹⁸¹ BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

¹⁸² Id.

representação do autor. Não atua dolosamente quem, ao cometer um fato, não conheça uma circunstância pertencente à parte objetiva¹⁸³ do tipo legal¹⁸⁴.

No mesmo sentido, JESCHECK/WEIGEND afirmam que existe erro de tipo quando o autor não conhece um dos elementos aos quais deve o dolo se estender segundo o tipo a que corresponda¹⁸⁵.

Na Espanha, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO também traz interessante definição, ao registrar que o erro de tipo se constitui pelo desconhecimento de, ou o equívoco sobre, a ocorrência no fato daqueles elementos que pertencem ao tipo objetivo de delito (e, portanto, fundamentam a proibição da conduta)¹⁸⁶.

Especialmente clara é a lição de Enrique BACIGALUPO, ao afirmar que há erro de tipo quando o autor careça da correta representação da realidade, em que atua de tal forma que não possa saber que sua ação realiza o tipo de um delito. O que age com um erro de tipo não sabe o que faz, no sentido de que não sabe que realiza um tipo penal¹⁸⁷.

De acordo com SANTOS, os conceitos de erro de tipo e dolo estão em relação de exclusão lógica, ou seja, se o dolo exige conhecimento das circunstâncias de fato do tipo legal, então o erro sobre circunstâncias de fato do tipo legal exclui o dolo. Conforme ele, em qualquer caso, o erro de tipo significa defeito de conhecimento dos elementos objetivos do tipo legal e, assim, exclui o dolo, porque uma representação ausente ou incompleta não pode informar qualquer dolo de tipo¹⁸⁸.

O erro de tipo, então, não aludiria a nenhuma reflexão ou falta de conhecimento do sujeito sobre o conteúdo da formulação legal de um tipo, mas simplesmente implicaria desconhecimento por parte do sujeito de que em seu fato concorre um elemento que aparece como constitutivo de um tipo penal.

O efeito fundamental do erro sobre a ocorrência no fato de um elemento típico é a exclusão do dolo, posto que este requer o conhecimento da presença de todos

¹⁸³ MAURACH/ZIPF definem a parte objetiva do tipo como aquela que abarca os elementos da ação externa do autor. Constituem elementos essenciais do tipo objetivo a própria ação, o resultado e a conexão causal de ambos. MAURACH/ZIPF, ob. cit., p. 367.

¹⁸⁴ Ibid., p. 398 e ss.

¹⁸⁵ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p. 328.

¹⁸⁶ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, p. 149.

¹⁸⁷ BACIGALUPO, Enrique. El error sobre los elementos del tipo y sobre la antijuridicidad. *Revista de Derecho Público: Comentarios a la Legislación Penal: La reforma del Código Penal*. Madrid, Tomo V, n.1, p. 53-89, 1985. p. 65.

¹⁸⁸ SANTOS, ob. cit., p. 153.

os elementos do tipo objetivo, fundamentadores da proibição específica da conduta, tanto positivos como negativos. Todavia, permite-se a punição por crime imprudente, se previsto em lei. Assim, quanto aos seus efeitos, tem-se, em síntese, o seguinte: o erro inevitável exclui o dolo e a imprudência, enquanto o erro evitável exclui o dolo, admitindo punição por delito imprudente¹⁸⁹.

Entretanto, em complementação, pode-se referir aos ensinamentos de MAURACH/ZIPF. Inicialmente registram que se o autor incorre em erro quanto à existência de um elemento típico objetivo, destrói-se a congruência entre as partes objetiva e subjetiva do tipo necessária para configurar o delito doloso. Até a medida a que se estenda, o erro fará desaparecer o dolo e com ele a integralidade do tipo concreto do delito doloso¹⁹⁰.

Segundo eles, porém, em cada caso cabe distinguir se o erro se refere aos elementos dos chamados tipos básicos ou a elementos que constituem causas de qualificação ou de privilégio das derivações típicas¹⁹¹: a) um erro sobre os elementos do tipo básico tem sempre como efeito a inaplicabilidade da pena prevista para o crime doloso; b) um erro acerca dos elementos qualificadores faz cessar a qualificação, subsistindo o delito básico; c) um erro quanto a elementos típicos privilegiados impõe que o autor deve ser castigado do mesmo modo que se sua representação fosse correta¹⁹²¹⁹³.

Por fim, cumpre observar que, embora o legislador tenha tratado o erro sobre situação de fato de discriminante putativa no parágrafo em que trata do erro de tipo, há controvérsia na doutrina sobre sua classificação, chegando alguns, como GOMES, a sustentar que seria um erro *sui generis*, situado entre o erro de tipo e o

¹⁸⁹ SANTOS, ob. cit., p. 153.

¹⁹⁰ MAURACH/ZIPF, ob. cit., p. 404.

¹⁹¹ O tipo básico representa a forma fundamental do tipo de injusto, contendo os pressupostos mínimos de punibilidade que determinam seu caráter de injusto típico. Vinculadas ao tipo básico, freqüentemente aparecem variações típicas qualificadoras ou privilegiantes do tipo básico, pelo acréscimo de características ligadas ao modo de execução, ao emprego de certos meios, às relações entre autor e vítima ou a circunstâncias de tempo ou de lugar, que agravam ou atenuam a punibilidade do fato. Já os tipos independentes não se confundem com variações típicas qualificadoras ou privilegiantes, porque possuem seu próprio conteúdo típico. Cf. SANTOS, ob. cit., p. 115-116.

¹⁹² Isso decorre do fato de que se os elementos privilegiados fossem tratados da mesma maneira que as qualificadoras, haveria um prejuízo ao autor: o autor que equivocadamente supôs um elemento privilegiador poderia, estritamente, receber uma pena mais grave por tentativa do delito privilegiado em concurso ideal com o delito consumado não privilegiado. Para não se chegar a essa absurda conclusão é que se adotaria o entendimento de que o autor que supõe equivocadamente a existência de elementos privilegiadores deve ser castigado do mesmo modo que se sua representação fosse correta. MAURACH/ZIPF, ob. cit., p. 404-405.

¹⁹³ Id.

erro de proibição indireto¹⁹⁴. Contudo, não há dúvida quanto aos seus efeitos: exclui o dolo, com punição alternativa por imprudência, se existir o tipo respectivo.

2.2.2 O conteúdo do dolo e a intensidade da representação das circunstâncias de fato

O conceito de dolo sofreu uma lenta evolução histórico-doutrinal desde as iniciais concepções do Direito romano, que defendiam a existência de uma responsabilidade objetiva no âmbito penal, sob a influência dos moralistas gregos¹⁹⁵. Posteriormente, no Direito romano e no Direito germânico, com influência do Direito canônico, foi-se implantando progressivamente a distinção entre a culpa ou imprudência, de um lado, e o dolo, de outro, consistente na vontade consciente de cometer o delito¹⁹⁶.

Nos iniciais estágios da teoria jurídica do delito, o dolo implicava conhecimento e vontade de realizar o delito, sendo que o conhecimento se projetava na exigência de captação por parte do sujeito dos elementos do tipo e do caráter antijurídico do fato, vale dizer, era necessário o conhecimento do fato e do Direito. Tratava-se de um *dolus malus*, situado na culpabilidade¹⁹⁷.

Com o finalismo, efetuou-se uma bipartição do dolo neoclássico, diferenciando entre o *dolus naturalis* ou conhecimento dos elementos objetivos do

¹⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 114.

¹⁹⁵ DIAS PALOS, Fernando. Dolo Penal. In **Nueva Enciclopedia Jurídica Seix**. Tomo VII. Barcelona: Francisco Seix S.A., 1980. p. 691 e ss.

¹⁹⁶ ARIAS EIBE, Manuel José. **El error en Derecho Penal en el Código de 1995**. Madri: Dykinson, 2007. p. 23.

¹⁹⁷ ARIAS EIBE, sobre a origem do conceito moderno de dolo, e os problemas iniciais do tratamento do erro consigna: “En realidad, el origen del concepto moderno de dolo hay que encuadrarlo en el pensamiento de FEURBACH, concretamente en su trabajo *Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere* en 1804, momento en el que, por primera vez en el pensamiento penal, tiene lugar un rechazo de las teorías objetivizantes del *dolus indirectus* y el *dolus ex re* dominantes hasta el momento, y pasando a defenderse, ya claramente, una concepción del dolo en términos psíquicos, como “*intención*”. El sistema clásico se caracterizo por adscribir todo lo objetivo a lo injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad. Lo injusto, ya fuera considerado como lesión o mera puesta en peligro de bienes jurídicos se integraba por datos puramente objetivos, en tanto que era en el marco de la culpabilidad donde se ventilaba la referencia psíquica –dolosa o imprudente- del autor en relación con su hecho objetivo. Desde estas coordenadas sistemáticas, el error tenía relevancia, exclusivamente, en el ámbito de la culpabilidad dolosa, pero en modo alguno se le reconocía eficacia en el marco de lo injusto. El problema esencial de la teoría del error en este primer estadio de la teoría del delito no era pues un problema sistemático puro en el sentido de ubicar los problemas del error en lo injusto o en la culpabilidad, sino que el problema fundamental y fuente principal de polémica de la época consistía en determinar cuándo el error excluía o limitaba la culpabilidad y cuando resultaba irrelevante. *Ibid.*, p. 24.

tipo, localizado no próprio tipo, e a consciência da antijuridicidade, a ser valorada na culpabilidade. Assim, a partir do finalismo, ao falar de tipo, tem-se a distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo, sendo que o dolo, entendido como conhecimentos dos elementos objetivos do tipo e vontade de realizar a conduta típica, situa-se no tipo de injusto, ao passo que a consciência da antijuridicidade localiza-se na culpabilidade¹⁹⁸.

Alcançado esse ponto, de acordo com uma definição usual, mas não muito precisa, age dolosamente o autor que conhece e quer os elementos objetivos que pertencem ao tipo legal¹⁹⁹. Porém, com relação às três espécies de dolo (dolo direito de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual), pode-se afirmar mais precisamente que todas possuem um momento intelectual e outro volitivo. O

¹⁹⁸ Vale observar a esclarecedora lição de MIR PUIG: “El concepto de dolo es uno de los que cuenta con mayor tradición en la doctrina penal, constituye un elemento central de la teoría del delito y ha sido incorporado a la definición de delito del art. 1 CP. Sin embargo, no existe acuerdo en la doctrina en cuanto a su alcance. Su concepción clásica lo caracteriza como *dolus malus*, que exige el conocimiento de los hechos y de su significado antijurídico. Frente a ello, el finalismo ha generalizado el concepto más restringido de *dolo natural*, únicamente referido a la situación descrita en el tipo de injusto. Este otro concepto de dolo no incluye el conocimiento de la antijuridicidad, aunque entre quienes lo admiten se discute vivamente si ha de alcanzar al conocimiento de los *presupuestos objetivos de las causas de justificación*. Todo ello supone la existencia de importantes discrepancias en cuanto al objeto a que ha de referirse el *conocimiento* propio del dolo. El alcance de este conocimiento plantea, además, problemas particulares cuando se refiere a elementos normativos y elementos accidentales, y a la hora de decidir si excluyen o no el dolo determinadas formas de error o desviación. MIR PUIG, Santiago. Conocimiento y voluntad en el dolo. **Cuadernos de Derecho Judicial**. Madrid, p. 11-35, 1994. p. 11.

¹⁹⁹ Sobre o assunto, leciona QUERALT: “(...) cuando hablamos de dolo, ofrecemos una definición incompleta, una definición que excluye el dolo eventual y que, por tanto, puede hacer peligrar una construcción sistemática relativa al problema del conocimiento de la antijuridicidad y de su correspondiente posición en la teoría del delito. Vayamos por partes. En primer término, tal como acabo de señalar, el planteamiento usual del dolo se concibe como querer y conocer los elementos del tipo. Tal entendimiento, sin embargo, no da cabida ao dolo eventual. Así es: quien actúa con dolo eventual no quiere, como mínimo, un elemento: la lesión o puesta en peligro que, eso sí, resultan, junto con los otros elementos conocidas... Si lo que antecede es correcto, se puede formular, siquiera hipotéticamente, las siguientes conclusiones: a) que, para un concepto unitario o común de dolo, há de relegarse el querer, y, manteniendo el *elemento intelectual*, poner el acento sólo en el conocimiento o representación del resultado, asunción que será más o menos intensa según se trate de dolo directo, que requerirá el “querer”, o de dolo eventual, cuya estructura se satisface con la “conformidad”; b) el objeto del *elemento volitivo* no reside tanto, aunque pueda residir, en todos y cada uno de los elementos del tipo, sino en la propia acción peligrosa, es decir en su *potencial lesivo*; esto obliga a resituar el resultado en la teoría del delito y a elaborar una teoría del error a partir del dolo eventual, error que sólo puede versar sobre la acción; c) la *distinción* entre el dolo eventual y la culpa consciente reside, desde esta perspectiva, en la persistencia de elemento volitivo, es decir, en el conformarse con el peligro de lesión y pasar, de todos modos, a la acción; de ello no se deriva que, ante una misma situación, los pesimistas sean castigados por delito doloso y los optimistas por delito imprudente: ello sería Derecho penal de autor. La diferencia tiene que ser normativa: las condiciones del sujeto y las características de la situación serán las que determinarán si hubo conformidad o no; es decir, tales elementos permitirán efectuar el correspondiente juicio hipotético de acuerdo a lo que se considere estándares normales de comportamiento en situaciones similares”. QUERALT, Juan Josep. El dolo y el conocimiento de la antijuridicidad. **Cuadernos de Derecho Judicial**: Elementos subjetivos de los tipos penales. Madrid, p. 37-52, 1994. p. 40-42.

momento intelectual se encontra em relação de exclusão lógica com o erro de tipo. De fato, se o dolo é excluído pela falta de conhecimento das circunstâncias que pertencem ao tipo legal, disso se deduz, a contrário senso, que o dolo requer o conhecimento de tais circunstâncias.

Consignados esses aspectos, pode-se afirmar que o que mais interessa ao presente estudo é precisar o que e em que medida o autor deve representar para que se considere que agiu com dolo. Mais precisamente: o agente, no que se refere ao aspecto intelectual, necessita ter adequada representação de todos os elementos do tipo, incluindo-se os normativos, de valoração global e do complemento da lei penal em branco?

Segundo a doutrina majoritária, o dolo deve abarcar os elementos objetivos do tipo, a relação de causalidade e o resultado nos delitos de resultado, bem como a imputação objetiva. Nesse sentido, CERESO MIR afirma que o elemento intelectual do dolo compreende, em sentido estrito, a consciência dos elementos objetivos do tipo presentes no momento inicial da ação típica e a previsão da realização dos restantes elementos objetivos do tipo e, portanto, da produção do resultado, nos delitos de resultado material, a previsão do curso causal entre a ação e o resultado, bem como os elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto e que são utilizadas pelo Código para a formação de tipos qualificados ou privilegiados²⁰⁰.

JESCHECK/WEIGEND, por seu turno, asseveram que o dolo deve referir-se a todos os elementos do tipo objetivo. Na seqüência, passam a analisar mais detidamente a questão²⁰¹.

Registram, inicialmente, que os objetos do mundo real são os mais facilmente reconhecíveis pelo autor, por serem imediatamente acessíveis à percepção (v.g., pessoa, animal, homem, mulher, edifício, barco, ponte e corrente d'água). Nos elementos descritivos do tipo, que pressupõem um conhecimento espiritual, o agente deve ter entendido seu significado natural (destruir, deteriorar). Nos elementos normativos, exige-se pleno conhecimento de seu significado, mas não é necessário que o autor conheça a definição jurídica do conceito correspondente, bastando que o autor vislumbre, por si próprio, em seu nível de compreensão, a

²⁰⁰ CERESO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español**: Parte General II: Teoría jurídica del delito. 6ª ed. Reimpresão de 1999. Madri: Tecnos, 1998. p. 131.

²⁰¹ JESCHECK/WEIGEND, **Tratado de Derecho Penal**, p. 316.

valoração do legislador materializada no conceito correspondente (valoração paralela na esfera do leigo)²⁰².

Afirmam, ainda, que se a produção de um resultado ou de um perigo concreto pertence ao tipo, então o dolo deve estender-se ao seu acontecimento, devendo abarcar, em seus traços essenciais, o curso causal que conduz à realização do resultado²⁰³.

De outra via, os mesmo autores esclarecem que o dolo deve referir-se também ao que chamam de exemplos regrados (situações de aumento de pena que são estabelecidas pelo legislador), quando ocorra um caso especialmente grave, ainda que não pertençam ao tipo, mas ao âmbito da determinação da pena. Igual situação sucede com os casos inominados (casos em que o aumento da pena depende de uma valoração do juiz). Deve, também, abarcar as circunstâncias objetivas que influem na determinação da pena e que devem ser levadas em conta pelo autor, bem como certas conseqüências do delito²⁰⁴.

Por fim, quanto aos elementos de valoração global do fato, sustentam que é necessário dividir-se as partes integrantes que descrevem os fatos das partes destinadas à sua valoração jurídica, devendo o dolo compreender apenas a dimensão fática. O mesmo sucede com os elementos da culpabilidade concebidos objetivamente, que pressupõem uma determinada configuração exterior do fato, bastando que o autor tenha consciência da situação objetiva²⁰⁵.

MAURACH/ZIPF, por sua vez, referem que o dolo incide sobre os elementos do tipo objetivo, estando fora do dolo a antijuridicidade do fato, o alcance jurídico das causas de justificação, causas de exclusão da responsabilidade pelo fato e culpabilidade, bem como o desconhecimento de mandatos normativos²⁰⁶.

Registram que o dolo, basicamente, abarca todos os elementos do tipo, incluindo-se as circunstâncias que agravam a pena. O autor deve ter apreendido *em sua significação* os distintos elementos do tipo. Ao contrário, as condições objetivas de punibilidade e os pressupostos processuais não necessitam ser abarcados pelo dolo²⁰⁷.

²⁰² JESCHECK/WEIGEND, **Tratado de Derecho Penal**, p. 316.

²⁰³ *Ibid.*, p. 317.

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 318.

²⁰⁶ MAURACH/ZIPF, *ob. cit.*, p. 393.

²⁰⁷ *Id.*

Finalmente, como não poderia deixar de ser, fazem especial menção aos elementos normativos. Segundo eles, nem sempre o legislador penal utiliza termos usados na vida cotidiana, como “homem”, “edifício” e “matar”. Assiduamente usa conceitos jurídicos, como “funcionário” e “coisa alheia”, ou conceitos de valoração genérica, como “ações sexuais” e outras similares. Em todos esses casos, entendem ser necessário e suficiente que o autor tenha formado, conforme o grau de sua apreensão e conhecimento da matéria, uma representação suficiente acerca do sentido do conceito na vida social (valoração paralela na esfera do leigo)²⁰⁸.

Feitas essas breves considerações quanto ao objeto do elemento intelectual do dolo, importante analisar a questão referente à intensidade das circunstâncias de fato. Trata-se de delimitar com que precisão a percepção dos elementos descritivos e a compreensão dos elementos normativos deve se afigurar para o sujeito.

Sobre o assunto, ROXIN, no caminho da doutrina majoritária, entende que propostas extremas devem ser descartadas. Por um lado, não se pode exigir que o sujeito realize reflexões conscientes (que pense expressamente) sobre cada um dos elementos do tipo objetivo (*v.g.*, coisa, móvel, alheia), pois se exigir essa reflexão contraria todos os conhecimentos da psicologia, que registra que as pessoas são guiadas preponderantemente por instintos e emoções e não por premeditação ponderada. De outra via, no entanto, é praticamente unânime atualmente que não é suficiente uma consciência meramente potencial. Exigir-se-ia muito pouco para o dolo ao se considerar suficiente uma “consciência marginal” no sentido de um “aviso do sentimento”²⁰⁹.

Segundo o mesmo autor, vem se admitindo, majoritariamente, uma concepção situada entre os extremos, considerando-se que o dolo abarca também aquelas circunstâncias em que o sujeito não pensa expressamente, mas de que é consciente. Trata-se de uma co-consciência, consubstanciada numa consciência em que não se presta atenção explicitamente, mas que é conhecida com outro conteúdo a que se presta atenção e a que necessariamente há de se prestar atenção de modo implícito²¹⁰.

Essa questão é de especial importância para os elementos normativos, pois vige, em primeiro lugar, para o componente do significado dos elementos

²⁰⁸ MAURACH/ZIPF, *ob. cit.*, p. 394.

²⁰⁹ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 471-472.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 472.

perceptíveis sensorialmente. Conforme exemplo de SANTOS, no furto de mercadorias em lojas comerciais, a consciência do caráter alheio da coisa permeia o conjunto das representações do autor, existindo uma consciência implícita²¹¹.

Porém, como adverte o próprio ROXIN, o reconhecimento da co-consciência irreflexiva gera o risco de ampliar demasiadamente o dolo, em prejuízo da imprudência. Não é qualquer informação que se tenha recebido anteriormente sobre uma pessoa ou uma coisa que vai ser automaticamente ligada em sua representação, mas é necessário ter se alcançado um considerável grau de interiorização, que apenas o julgador é capaz de analisar em cada caso concreto. Consoante ele, *v.g.*, não é evidente que um suboficial que numa briga num restaurante golpeia um cabo de outra unidade, de quem é amigo na vida privada, possua em forma de co-consciência o dolo de maltratar um subordinado (parágrafo 30 WStG)²¹².

A aplicação da fórmula da co-consciência, com muito mais razão, no âmbito do Direito Penal socioeconômico, conforme se verá, deve ser tratada com ainda maior cautela, diante das características próprias dos elementos normativos presentes nos tipos penais desse setor.

2.3 ERRO DE PROIBIÇÃO

2.3.1 Conceito e efeitos

O artigo 21 do Código Penal brasileiro trata do erro de proibição nos seguintes termos:

Erro sobre a ilicitude do fato

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 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

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

SANTOS, didaticamente, ensina que a correlação *conhecimento do injusto* (ou da antijuridicidade) e *erro de proibição*, na teoria da culpabilidade, corresponde à

²¹¹ SANTOS, ob. cit., p. 156.

²¹² ROXIN, *Derecho Penal*, p. 474.

correlação *conhecimento do fato e erro de tipo*, na teoria do tipo, porque conhecimento e erro constituem estados psíquicos em relação de lógica exclusão.²¹³ O erro de proibição, assim, incide sobre a proibição do tipo de injusto, no sentido de valoração jurídica geral.

ROXIN afirma que há erro de proibição quando o sujeito, apesar de conhecer completamente a situação ou suposto de fato do injusto, não sabe que sua atuação não está permitida.²¹⁴ Então, conforme SANTOS, o erro de proibição, como erro sobre a antijuridicidade do fato, tem por objeto a natureza proibida ou permitida da ação típica. O autor sabe o que faz, mas pensa, erroneamente, que é permitido, ou por crença positiva na permissão do fato, ou por falta de representação da valoração jurídica do fato²¹⁵.

Na lei penal brasileira o erro de proibição é dividido, nos termos da teoria limitada da culpabilidade em: a) erro de proibição direto, incidente sobre a existência, validade ou significado da lei penal; e, b) erro de permissão (ou erro de proibição indireto), incidente sobre justificação inexistente ou sobre limites jurídicos de justificação existente²¹⁶.

Também no que se refere ao erro de proibição, importante mencionar a detalhada análise de MAURACH/ZIPF com relação a seus efeitos. Registram que o erro de proibição inevitável sempre exclui a culpabilidade. Mesmo que desde o ponto de vista da estrutura delitiva o fato continue sendo doloso, isso não afeta o autor, porquanto o dolo livre de valorações nada refere por si só acerca da sua indiferença diante do Direito. Porém, também desaparece toda possibilidade de atribuir responsabilidade por imprudência do autor: este realizou o tipo dolosamente, sem prejuízo de ter faltado a possibilidade de efetuar uma valoração correta, vale dizer, a partir da perspectiva da comunidade. O erro de proibição inevitável traz como conseqüência forçosa a absolvição. Já o erro de proibição evitável, deixa subsistente o quadro global de um fato delitivo doloso, mas cria a possibilidade de aplicar uma pena atenuada em razão de uma culpabilidade diminuída²¹⁷.

²¹³ SANTOS, ob. cit., p. 305.

²¹⁴ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 861.

²¹⁵ SANTOS, ob. cit., p. 305.

²¹⁶ Ao se tratar do erro de tipo já se fez menção à problemática da ubiquação sistemática do erro de tipo permissivo.

²¹⁷ MAURACH/ZIPF, ob. cit., p. 668-669.

2.3.2 Delimitação do objeto do conhecimento da antijuridicidade e a especial situação do desconhecimento da lei

O artigo 21 do Código Penal brasileiro, que trata do erro de proibição, anteriormente transcrito, estabelece que o desconhecimento da lei é inescusável. O desconhecimento da antijuridicidade e o desconhecimento da lei são conceitos arbitrariamente opostos pela doutrina dominante brasileira, o que traz como principal consequência a não aceitação da ignorância da lei como erro de proibição direto. Embora se trate de conceitos diversos, que não se recobrem reciprocamente, não se excluem inteiramente, porque o desconhecimento da lei pode sim fundamentar a ausência de consciência da antijuridicidade e, desse modo, afastar a culpabilidade²¹⁸.

Para saber em quais situações pode se configurar o erro de proibição é fundamental precisar o que o autor deve vislumbrar para ter conhecimento da antijuridicidade do fato e, assim, poder haver reprovação. Vale dizer, é imprescindível delimitar qual é o objeto do conhecimento da antijuridicidade, porque se trata de aspecto fundamental para se identificar em quais situações se configura o erro de proibição. Todavia, essa discussão é praticamente ausente na doutrina brasileira, que se limita a difundir, basicamente, o entendimento de JESCHECK/WEIGEND, ainda com algumas distorções interpretativas.

Analisando-se as teorias dominantes na atualidade, no entanto, pode-se concluir que a máxima *ignorantia legis neminem excusat* não pode constituir um postulado extrínseco que delimite e vá servir de critério à falta de conhecimento da antijuridicidade. O conhecimento da antijuridicidade, elemento principal da culpabilidade, é que comanda o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei e lhe assinala o seu sentido e limites.

O assunto é de especial relevância aos crimes socioeconômicos, uma vez que, normalmente, a inadequação social é imposta por uma norma e não o contrário. Além disso, há situações de fato tão ligadas às situações de Direito, que o desconhecimento da lei pode constituir erro de tipo e não erro de proibição, pois o autor não tem a representação suficiente a respeito dos elementos do tipo, e nem

²¹⁸ SANTOS, ob. cit., p. 322.

poderia obtê-la mediante uma valoração paralela na esfera do leigo, como se analisará nos próximos capítulos.

Consoante afirmado, o tema não é objeto de análise pela doutrina brasileira dominante. Porém, são exceções, dignas de registro, CIRINO DOS SANTOS²¹⁹ e ASSIS TOLEDO²²⁰. O primeiro registra que a definição do objeto da consciência da antijuridicidade é controvertida na literatura penal contemporânea, existindo, ao menos, três teorias, quais sejam: tradicional, moderna e intermediária. Já ASSIS TOLEDO faz referência à classificação feita por RODA, que fala em critério material, formal e intermediário.

Pode-se afirmar, realmente, que são três as principais teorias sobre o assunto e dentro de cada uma existem algumas posições divergentes. Num primeiro grupo, encontram-se os autores que defendem ser necessário para configurar o conhecimento da antijuridicidade apenas a consciência de que a conduta está em contradição com a ordem moral ou com os valores sociais, não sendo necessária a consciência de contrariedade ao ordenamento jurídico e nem da punibilidade da conduta.

Em posição oposta estão os autores que sustentam ser necessário o conhecimento da punibilidade da conduta. Alguns defendem que é necessário o conhecimento da punibilidade penal específica, ao passo que outros entendem ser necessária a consciência de que a ação infringe uma norma sujeita genericamente a uma sanção, não necessariamente, portanto, penal.

Por fim, num terceiro grupo, em posição intermediária, encontram-se os autores que defendem que conhecer a imoralidade do comportamento seria insuficiente e conhecer a punibilidade da ação seria desnecessário. Assim, o objeto da consciência da antijuridicidade seria o conhecimento de contrariedade ao ordenamento jurídico, mais precisamente, da lesão a um bem juridicamente protegido.

²¹⁹ SANTOS, ob. cit., p. 310.

²²⁰ 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. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

2.3.2.1 Ordem moral e valores sociais como objeto do conhecimento da antijuridicidade

A primeira das referidas teorias, que entende que o objeto do conhecimento da antijuridicidade é a ordem moral ou os valores sociais, possui como principais defensores SAUER, GALLAS, HIPPEL, C. ESPÓSITO, MAYER e ARTHUR KAUFMANN.²²¹ Atualmente, na Alemanha, no entanto, segundo SABORIT, apenas SCHMIDHAÜSER ainda a sustenta²²².

Conforme tal concepção, o objeto do conhecimento da antijuridicidade é a contradição entre seu comportamento e a ordem social, independentemente de conhecer a violação ao ordenamento jurídico ou a punibilidade do fato.

Incluem-se como partidários desse posicionamento os que falam em *conhecimento da periculosidade e danosidade social* (SAURER), em *consciência da contrariedade ao valor social* (GALLAS), em *conhecimento da imoralidade da conduta* (HIPPEL e C. ESPÓSITO) e em *conhecimento da lesão de um interesse social* (KAUFMANN e MAYER)²²³.

É importante esclarecer que essa teoria foi prestigiada na Alemanha nos anos pós-guerra por questões, especialmente, de política-criminal, dando nova vigência a uma postura jusnaturalista fundada nas *normas de cultura* de MAYER, segundo o qual a obrigatoriedade da lei não descansa em seu conhecimento senão na circunstância de que as normas jurídicas coincidem com as normas de cultura, cuja obrigatoriedade é conhecida pelo sujeito. A questão foi muito influenciada pela problemática da delinqüência nacional-socialista que podia encontrar refúgio para seus crimes numa concepção formal de injusto²²⁴. Era usual que entre as alegações da defesa figurasse o erro de proibição, pois muitos desses autores seguiam normas jurídicas válidas no momento da realização dos fatos. Nesse contexto, não é de se estranhar que KAUFMANN tenha se esforçado em tentar demonstrar que o objeto do conhecimento da antijuridicidade seria a chamada antijuridicidade material²²⁵.

²²¹ Citados por RODA, Juan Córdoba. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch, 1986. p. 90 e ss.

²²² Conforme SABORIT, David Felip i. **Error iuris**: El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal. Madrid: Atelier, 2007.

²²³ Citados por RODA, ob. cit., p. 90.

²²⁴ NIETO MARTÍN, Adán. **El conocimiento del Derecho**. Madrid: Atelier Penal, 2006. p. 75.

²²⁵ Id.

Apesar das vantagens práticas, sob o viés processual, gerados por essa teoria, ela encontra dificuldades derivadas dos casos em que não há coincidência entre os conceitos de injusto material e formal.

Num primeiro aspecto, há casos em que uma conduta é antijurídica de um ponto de vista formal sem que lhe corresponda um injusto material. Em todos os ordenamentos jurídicos existem várias condutas delitivas às quais não correspondem injustos materiais, especialmente no âmbito das contravenções. O problema se torna ainda mais evidente no atual Direito penal da sociedade pós-industrial, em que cada vez mais condutas baseadas apenas no desvalor da ação são criminalizadas, como o caso, no Brasil, *v.g.*, do armazenamento da lenha em depósito sem autorização da autoridade administrativa competente ou a utilização de motosserra sem registro ou prévia autorização administrativa. Nesse caso, a proibição sob ameaça de pena criminal se choca com as normas ético-sociais. É criminalizada para que passe a ser desvalorada socialmente.

Num segundo aspecto, há os casos inversos de um comportamento que representa uma grave lesão de bens sociais e que não estão proibidas pela lei. Parece claro que a tipificação de condutas, especialmente no Brasil, surge, muitas vezes, de motivações oportunistas e desvinculadas de interesses de proteção ético-sociais efetivos.

Além disso, diante daqueles que sustentam que o conteúdo do conhecimento da antijuridicidade está integrado pela representação da conduta anti-social ou imoral, é necessário objetar que, além de se valer de expressões bastante confusas, empregam um termo que não corresponde ao Direito positivo, ao que se deve referir necessariamente o conhecimento da antijuridicidade. Os delinquentes políticos, ao crer que produzem um bem à sociedade, e os habituais, ao estarem privados de todo sentido moral, não deveriam ser castigados por falta da representação da imoralidade ou da anti-socialidade, respectivamente, de sua ação.

No atual Estado contemporâneo, há evidente separação entre Direito e moral. Contudo, também, a advertência de MARTÍN, no sentido de que nos atuais Estados plurais, multiculturalistas, não é admissível pensar que ao princípio de culpabilidade baste o conhecimento da contravenção a uma lei moral para entender satisfeito o requisito do conhecimento da antijuridicidade. A moral é, atualmente, um fenômeno plural, não se podendo afirmar que num Estado todos os cidadãos tenham uma moral coincidente.

No mesmo sentido, ROXIN registra que os valores sociais e morais são tão alteráveis numa sociedade pluralista que o Direito não pode exigir a orientação incondicional por elas²²⁶.

Para se aceitar essa teoria seria necessário reconhecer a identidade entre as proibições legais e as proibições ético-sociais, o que não parece factível, especialmente nos atuais Estados contemporâneos. Além disso, como visto, no Direito penal da sociedade pós-industrial muitas condutas só se tornam desvaloradas socialmente após serem criminalizadas.

Por isso, é praticamente unânime, na atualidade, o entendimento de que não é suficiente que o autor tenha consciência de que sua conduta vulnera os princípios ético-sociais ou morais imperantes na sociedade, posto que não é condição necessária nem suficiente para formular uma proibição jurídica de qualquer classe²²⁷.

Conforme afirmado inicialmente, essa concepção se encontra atualmente superada.

2.3.2.2 Punibilidade como objeto do conhecimento da antijuridicidade

Na Alemanha, esse posicionamento é representado especialmente por OTTO²²⁸. Como lembra SABORIT, também se encontram entre seus adeptos NEUMANN e SCHRÖEDER. Na Espanha vale citar SILVA SÁNCHEZ e BACIGALUPO²²⁹.

Segundo o entendimento de OTTO, é necessário o *conhecimento da punibilidade do comportamento por meio de um tipo penal*, ou seja, conhecimento de infringir uma prescrição penal (punível), ainda que não se exija conhecimento minucioso dos termos da lei.

Porém, entre os adeptos dessa teoria também estão os que entendem não ser necessário o conhecimento da punibilidade penal, mas sim de uma punibilidade genérica. Vale destacar a seguinte lição que analisa as propostas de NEUMANN e SCHRÖEDER:

²²⁶ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 866.

²²⁷ SABORIT, ob. cit., p. 110.

²²⁸ OTTO, Harro. **Grundkurs Strafrecht**. De Gruyeter, 1996. p. 203. Citado por SANTOS, ob. cit., p. 311.

²²⁹ SABORIT, ob. cit., p. 116.

En este sentido, resulta muy interesante, a mi juicio, la propuesta de Neuman. Éste considera que es necesario que el sujeto sepa que la *respuesta estatal* a la infracción que se está cometiendo será una sanción. Conciencia del injusto sería conciencia de la *sancionabilidad* jurídica del comportamiento realizado. Según ello, no es suficiente con que el sujeto sea conocedor de que viola una norma de Derecho civil, con que el administrativo o disciplinario, sino que es preciso el conocimiento de que el comportamiento realizado. Según ello, no es suficiente con que el sujeto sea conocedor que viola una norma que *desaprueba* el hecho y lo considera *merecedor de sanción*. Será necesaria, pues, la conciencia de estar vulnerado una norma de Derecho sancionador, sea ésta contravencional o penal. (...)

Finalmente, quedan quienes opinan que conciencia del injusto comporta el conocimiento del carácter *penal* de la prohibición del hecho. Su más conspicuo representante es F.C. SCHROEDER. Para este autor, existe una gran diferencia entre si el ordenamiento jurídico, por ejemplo, amenaza un comportamiento con una pena criminal, o bien prevé meramente la obligación de indenizar unos daños. Cuando un sujeto yerra sobre la *punibilidad* del hecho que está realizando, no incurre simplemente en un error sobre las consecuencias jurídicas de la infracción, sino que desconoce el específico juicio de desvalor expresado en la norma penal y, por tanto, incurre en un error sobre la prohibición, hasta el punto que el simple conocimiento de la "contravencionalidad" de la infracción cometida no podría substituir a la conciencia de la punibilidad.²³⁰

JAKOBS e STRATENWERTH compartilham o entendimento de NEUMANN, no sentido de que não é necessário o conhecimento de que o comportamento do autor é sancionado penalmente, mas que viola uma norma do ordenamento jurídico que outorga ao Estado a possibilidade de empreender medidas com o fim de impedi-la ou sancioná-la²³¹. Partidários do entendimento de OTTO e SCHRÖEDER são os já mencionados BACIGALUPO e SILVA SÁNCHEZ.

Tenta-se atribuir validade a essa teoria, especialmente na formulação de OTTO e SCHRÖEDER, pela admissão da prevenção geral como uma das funções do Direito penal. Realmente, se a coação psicológica da pena deve evitar o cometimento do delito, reconhece-se que o autor da conduta tenha conhecimento da norma que optará por violar ou não.

Como crítica a essa teoria, sustenta-se que ela geraria consequências realmente insustentáveis, a ponto de se afirmar que somente o jurista seria capaz de delinquir. Exigir um conhecimento técnico-jurídico completo da norma não seria praticável nem, possivelmente, desejável.

Porém, a crítica mais factível é feita por ROXIN, em dois principais aspectos. Em primeiro lugar, de índole basicamente prática, a distinção teria muito pouca incidência, pois o cidadão médio identifica quase sempre proibição com proibição

²³⁰ SABORIT, ob. cit., p. 116.

²³¹ Citados por NIETO MARTÍN, **El conocimiento del Derecho**, p. 98.

penal. Em segundo lugar, o conhecimento de que um determinado fato está proibido deve ser suficiente para motivar um comportamento conforme o Direito. Se isso é conhecido, o resto seria apenas especulações sobre a mera impunidade que não merecem nenhuma atenuação. Para corroborar a crítica, menciona o exemplo daquele que sabe que com a utilização de um veículo alheio está cometendo uma conduta proibida por ser uma apropriação não permitida pelo Direito privado, embora não tenha nem idéia de que isso constitua um delito. Tal sujeito não se encontraria num erro de proibição nem mereceria uma atenuação da pena²³².

2.3.2.3 Posição intermediária

A teoria intermediária é, atualmente, dominante na Alemanha, tanto na doutrina como na jurisprudência, sendo representada especialmente por ROXIN²³³. A consciência da antijuridicidade significa que o sujeito sabe que o que faz está juridicamente proibido. Conhecer a imoralidade do comportamento seria insuficiente e conhecer a punibilidade da ação seria desnecessário. Trata-se, assim, de vincular o desvalor social ou pré-jurídico do fato à existência de uma norma jurídica ou preceptiva. Vale citar as palavras do autor:

“Conciencia de la antijuridicidad significa: el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido” (BGHSt 2, 196). Según eso, para la conciencia de la antijuridicidad no basta la conciencia de la dañosidad social o de la contrariedad a la moral de la propia conducta; pero, por outro lado, tampoco es necesaria según la op. dom. la conciencia de la punibilidad. Se exige demasiado poco cuando se considera suficiente para la conciencia de la antijuridicidad la conciencia de la dañosidad o de la imoralidad. Pues, dado que ni mucho menos todas las acciones disvaliosas están prohibidas (v.gr. en el terreno de la conducta sexual o en la pugna propia de la competencia económica), la conciencia de contravenir normas sociales o éticas presupone a lo sumo un médio para acceder al conocimiento de la prohibición, pero no es este mismo conocimiento. Además, las valoraciones sociales y morales son tan cambiantes em una sociedad pluralista que el Derecho no puede exigir la orientación incondicional por ellas, sino que por regla general sólo puede formular el reproche íntegro de culpabilidad cuando el sujeto desatiende conscientemente prohibiciones y mandatos jurídico. (...). Tampoco la conciencia de una infracción disciplinaria constitui aún conciencia de la antijuridicidad, porque el Derecho disciplinario formula normas especiales internas y no se refiere a las reglas de conducta vigentes para todos los ciudadanos, por las cuales se orienta el Derecho penal.²³⁴

²³² ROXIN, **Derecho Penal**, p. 867-868.

²³³ Id.

²³⁴ Ibid., p. 866-867.

Importante notar, no entanto, que o conhecimento da contrariedade ao ordenamento jurídico como objeto do conhecimento da antijuridicidade não se refere a uma proibição abstrata, mas sim à relação com o injusto concreto do tipo correspondente. Nas palavras do autor:

Sin embargo, la afirmación de que la antijuridicidad es el objeto del conocimiento del injusto requiere aún una ulterior precisión. En efecto, la antijuridicidad el el punto de referencia de um error relevante conforme al § 17 no como prohibición abstracta, sino sólo em relación con el injusto concreto del tipo correspondiente. “La conciencia de la antijuridicidad existe cuando el sujeto reconoce como injusto la lesión específica del bien jurídico abarcada por el tipo aplicable”..²³⁵

Também adeptos dessa posição são MAURACK/ZIPF²³⁶, para quem a consciência do ilícito deve estar referida ao tipo, isto é, que o autor esteja em situação de reconhecer como ilícito a específica violação do bem jurídico que abarca o respectivo tipo penal. É necessário e suficiente o conhecimento do imperativo da norma. Não é imprescindível que o sujeito conheça as fontes nem a forma de sua aparição. É, por outro lado, insuficiente o simples conhecimento da anti-socialidade ou imoralidade da conduta.

Assim, ao conhecimento da antijuridicidade não importa nem o conhecimento da punibilidade do comportamento nem o da disposição legal que contém a proibição. Não basta, no entanto, que o sujeito tenha conhecimento de que sua conduta é reprovável moralmente.

RUDOLPHI, por seu turno, salienta que o conhecimento da antijuridicidade significa conhecer o total desvalor do fato, o que requer conhecer, em primeiro lugar, que se contravenha uma norma do ordenamento jurídico. Em segundo lugar, conhecer o injusto global do fato requer também constatar que se é consciente do desvalor material do próprio comportamento²³⁷.

2.3.2.4 A doutrina brasileira e o posicionamento de JESCHECK/WEIGEND

Como já afirmado, parte da doutrina nacional dominante menciona apenas o posicionamento de JESCHECK/WEIGEND e com o fim de concluir que a ignorância da lei não pode constituir modalidade de erro de proibição direto.

²³⁵ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 869.

²³⁶ MAURACH/ZIPF, ob. cit., p. 673.

²³⁷ Citado por NIETO MARTÍN, **El conocimiento del Derecho**, p. 93.

Assim, diante da relevante conseqüência que se pretende extrair da adoção desse posicionamento e de algumas alterações interpretativas, uma análise mais minuciosa se faz necessária. Digno de transcrição é o seguinte trecho:

El Derecho vigente también há traído consigo una claridad esencial para el contenido de la conciencia de la antijuridicidad pues se menciona al “injusto” como objeto del conocimiento de la prohibición. Por el contrario, el legislador ha dejado abierta la cuestión relativa a la precisión de la conciencia de la antijuridicidad.

a) En cualquier caso, el objeto de la conciencia de la ilicitud no es el conocimiento de la proposición jurídica infringida o de la punibilidad del hecho (BGH 15, 377 [382 y ss.]). Más bien, es suficiente con que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por ello, está jurídicamente prohibido. Con otras palabras: es suficiente con el conocimiento de la antijuridicidad material, si bien “como conocimiento del lego” (BGH 10, 35 [41]).

Por outro lado, la conciencia de la contrariedad a las costumbres no fundamenta el conocimiento del injusto (BGH GA 1969, pág. 61). No obstante, a menudo es precisamente esa misma conciencia la que hace aparecer al error de prohibición como vencible, puesto que el autor tenía motivos para dudar acerca de la valoración jurídica de su acción. El conocimiento de la antijuridicidad material significa que el autor cree estar infringiendo una norma penal, civil o administrativa (BGH 11, 263 [266]). (...).

Para el conocimiento del injusto basta con la conciencia de estar atentando contra una norma jurídica formalmente válida, pues em este caso el autor sabe de todos modos que infringe el Derecho vigente por muy convencido que esté de la utilidad social de su comportamiento (...).²³⁸

A primeira constatação que se deve fazer é que o posicionamento de JESCHECK/WEIGEND não entende como necessário apenas a consciência de violação aos costumes, como deixa expresso. Conforme afirmam, é preciso, ao contrário, que o autor saiba que seu comportamento contradiz as exigências da ordem comunitária e que, por conseguinte, está juridicamente proibido. E, mais adiante, asseveram que o conhecimento da antijuridicidade material significa que o autor crê estar infringindo uma norma penal, civil ou administrativa. Por fim, ressaltam a questão do criminoso por convicção, sendo indiferente que esteja convencido da utilidade social de sua conduta, ao contrário, basta o conhecimento de que se vulnera uma norma jurídica formalmente válida. Além disso, quando tratam do erro de proibição direto, registram que esse erro pode se basear no seguinte: que a norma de proibição não é conhecida pelo autor, ou que, na verdade, o autor a conhece, mas a considera inválida, ou a interpreta erroneamente e, por isso, não a considera aplicável.

²³⁸ JESCHECK/WEIGEND, **Tratado de Derecho Penal**, p. 487-488. Sem destaques no original.

Sobre a conseqüência que pretende se adotar desse posicionamento no Brasil, importante citar a lição de SANTOS:

Alguns autores, para mostrar que ignorância de lei não constitui modalidade de erro de proibição direto, referem opinião de JESCHECK sobre o objeto da consciência do injusto – um conceito de natureza diversa, definido pelo mínimo de consciência de antijuridicidade material necessário para indicar a contradição do comportamento com a ordem comunitária – e extraem da posição de JESCHECK sobre o conteúdo mínimo de conhecimento necessário para caracterizar a consciência do injusto o disparate lógico de que a ignorância da lei não seria modalidade de inconsciência do injusto e, portanto, não poderia constituir espécie de erro de proibição direto. Ao contrário, em vez desse óbvio equívoco de interpretação, o insigne jurista alemão afirma que ‘este erro (de proibição direto) pode se basear no seguinte, que a norma de proibição não é conhecida pelo autor, ou que, na verdade, o autor a conhece, mas a considera inválida, ou a interpreta erroneamente e, por isso, não a considera aplicável’. Como se vê, não é possível extrair da tese de JESCHECK sobre o conteúdo mínimo necessário para positivo conhecimento do injusto (consciência da contradição entre comportamento e ordem comunitária), a tese diferente de que o inevitável desconhecimento da lei é inescusável, sendo apenas circunstância atenuante.²³⁹

Diante disso, constata-se o equívoco da doutrina brasileira dominante ao tentar se valer da lição de JESCHECK/WEIGEND para sustentar que o desconhecimento da lei *sempre* seria inescusável, oriunda da oposição dos conceitos de desconhecimento da antijuridicidade e desconhecimento da lei.

2.3.2.5 Desconhecimento da antijuridicidade e desconhecimento da lei

Como consignado no início, sem a definição exata de qual é o objeto do conhecimento da antijuridicidade, o estudo sobre o erro de proibição fica prejudicado. Feita a análise das principais teorias existentes sobre o assunto, sendo, na atualidade, praticamente unânime que não basta o conhecimento da violação aos valores sociais ou morais, relevante é a questão referente aos conceitos de *desconhecimento da antijuridicidade* e *desconhecimento da lei*, especialmente diante da oposição feita pela doutrina nacional dominante.

Presente já no Direito Justiniano, consagrada no *Codex Legum Visigothorum* e reforçada pela obra dos glosadores, a máxima *ignorantia legis neminem excusat* estabeleceu-se, sobretudo, nos países latinos, como princípio intocável do Direito moderno.²⁴⁰ Todavia, a coincidência entre essas questões (desconhecimento da lei

²³⁹ SANTOS, ob. cit., p. 324.

²⁴⁰ Nesse sentido, DIAS, **Direito Penal**, p. 53.

e desconhecimento da antijuridicidade) só teve lugar na história quando do surgimento do positivismo legalista.

É inegável que a irrelevância do desconhecimento da lei penal foi historicamente identificada, de forma prevalente, com a irrelevância do erro de Direito penal. Contudo, vencida a irrelevância do erro de Direito desde meados do século passado, a ignorância da lei tem sido suscitada por questões processuais, de segurança jurídica e de validade da lei. Tenta-se fundamentá-la pelas seguintes formulações: a) por meio de uma ficção legal existiria o dever de todos conhecer a lei; b) se o Estado tem a obrigação de tutelar juridicamente todos os cidadãos, estes teriam a obrigação cívica de conhecer a lei; e, c) haveria uma necessidade política, pois se pudesse evocar-se o desconhecimento da lei seriam criados muitos problemas de ordem prática, impedindo o bom funcionamento da justiça.

Assim, ao se buscar a fundamentação de tal princípio, perde-se muito de sua rigidez e de sua indiscutibilidade. Essa fundamentação atual, como facilmente se percebe, baseia-se em meras presunções e ficções. Quanto aos dois primeiros aspectos (obrigação de conhecer a lei), têm-se suscitado duas considerações. A primeira, no sentido de que uma obrigação só tem fundamento para subsistir na medida em que seja possível se exigir de todos os membros da comunidade um conhecimento da lei, mesmo só das penais, sendo isso absurdo e impossível, até para os mais destacados juristas. A segunda, é que se há uma obrigação de conhecer a lei, não deveria então faltar uma especial sanção para sua inobservância. Já no que concerne à questão do bom funcionamento da justiça, enxergar-se no princípio uma norma processual que contém uma presunção absoluta de conhecimento da lei penal envolve uma contradição com os mais elementares requisitos dentro dos quais se admite a legitimidade de presunções probatórias²⁴¹.

Dessa forma, causa estranheza a adoção, pela doutrina brasileira dominante, do princípio da irrelevância do desconhecimento da lei sem uma análise efetiva de seus fundamentos que, como visto, são apenas presunções e ficções descabidas.

Conforme registra SANTOS, o equívoco da literatura penal brasileira sobre erro de proibição direto, na modalidade de ignorância da lei, nasce precisamente da

²⁴¹ DIAS, **Direito Penal**, p. 55 e ss.

referida oposição dos conceitos de desconhecimento da antijuridicidade e de desconhecimento da lei.

Entretanto, embora se tratem de conceitos diversos, que não se recobrem reciprocamente, não se excluem inteiramente, porque o desconhecimento da lei pode sim fundamentar a ausência de consciência da antijuridicidade ou até mesmo da própria representação fática necessária para configurar o dolo. No Estado Moderno e pluralista, em que não coincide Direito e moral, o conhecimento dos mandamentos e proibições da sociedade implica que seja o conhecimento de suas normas jurídicas.

Em alguns casos, em que a proibição legal não guarda relação próxima com os valores histórico-ético-sociais da comunidade, o único meio de possuir-se consciência de que a conduta está proibida juridicamente é o conhecimento do tipo penal. Em determinadas situações, por mais que o sujeito realize um esforço de consciência, sem conhecer os termos da lei penal não poderá concluir que a conduta se choca com o ordenamento jurídico, como é o caso do exemplo referido de armazenar lenha em depósito sem licença da autoridade administrativa competente. O mesmo vale para a utilização de motosserra sem registro ou prévia autorização.

Essas situações são muito freqüentes, em que a proibição legal não coincide com um consenso mínimo da ordem social. Ao contrário, é tipificada para que passe a ser socialmente desvalorada, como já analisado no presente estudo. O pluralismo legislativo, o acentuado caráter técnico da lei e os intrincados problemas suscitados pela interpretação e aplicação tornam absolutamente impossível, atualmente, a afirmação de que é normal o conhecimento da lei.

Não se pode, assim, utilizar critérios relativos ao conteúdo da consciência da antijuridicidade para afirmar a irrelevância do desconhecimento da lei, como faz parte significativa da doutrina brasileira.

O primordial, no entanto, é se entender que o princípio de que o desconhecimento da lei é inescusável, como afirma DIAS²⁴², não decide, não ajuda a decidir, nem ao menos constitui critério normativo da decisão, pois ele diz respeito unicamente ao fundamento de validade da lei, à sua obrigatoriedade abstrata. Por maior relevância e extensão que se dê à falta de consciência da antijuridicidade, em

²⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 52.

nada ficará afetada a intangibilidade dos efeitos objetivos da lei. Porém, essa intangibilidade não poderá afetar a possível relevância e a extensão de uma concreta falta de consciência da antijuridicidade ou mesmo de representação dos elementos objetivos do tipo de injusto.

2.4 ERRO DE SUBSUNÇÃO

A figura do erro de subsunção é de peculiar relevância a este estudo, conforme se verá mais adiante. Neste ponto, no entanto, pretende-se dar uma breve noção de seu conceito. Normalmente, entende-se como aquele que existe quando o autor, conhecendo os fatos e o significado objetivo das circunstâncias do fato, interpreta incorretamente em seu favor o elemento típico normativo aplicável nesse caso.

Conforme MAURACH/ZIPF, ocorre erro de subsunção na hipótese em que o autor instala uma placa oficial, aderida a um veículo para a qual não foi emitida, pensando que não se trata de falsificação de documento. O erro de subsunção não afasta o dolo que, para ser configurado, basta com que o autor tenha podido estar em condição de apreciar a significação de sua conduta numa valoração paralela na esfera do leigo. Assim, o erro de subsunção, para eles, seria penalmente irrelevante²⁴³.

Por seu turno, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO sustenta que há erro de subsunção quando há falsa crença de que um determinado estado de coisas (determinadas circunstâncias) encaixa ou não encaixa num determinado tipo (ou elemento de um tipo) penal. Adverte que o erro de subsunção não está afeto exclusivamente aos elementos normativos, mas a todos os elementos do tipo, ainda que mais facilmente se produza uma subsunção errônea nos termos legais. Quanto aos efeitos do erro de subsunção, vale destacar sua clara síntese:

La inmensa mayoría de la doctrina estima que el error de subsunción – directo – es *en sí mismo* penalmente irrelevante, aunque la mayor parte de ella considera que puede dar lugar a un ulterior error de prohibición, mientras que una pequeña minoría estima que en ocasiones produce un error de tipo. Creo que todavía cabe una postura más o, mejor, matizar una postura: la de considerar que, además de algunos supuestos en que el error de subsunción pueda dar lugar a otros errores relevantes, en la mayoría de los casos el error de subsunción da lugar a un error sobre la prohibición

²⁴³ MAURACH/ZIPF, ob. cit., p. 412.

*penal de la conducta (cosa en la que están de acuerdo quines aluden a la irrelevância en si mismo del error de subsunción), pudiendo ser este error, contra lo que piensa la doctrina dominante, relevante.*²⁴⁴

2.5 A DELIMITAÇÃO ENTRE ERRO DE TIPO, ERRO DE PROIBIÇÃO E ERRO DE SUBSUNÇÃO

Em muitas hipóteses, a distinção entre erro de tipo, erro de proibição e erro de subsunção é bastante simples, não apresentando maiores dificuldades. Por outro lado, em diversos casos específicos, essa delimitação é bastante complexa, constituindo, nessas situações extremas, questão das mais difíceis, complexas e discutidas na dogmática penal.

A dificuldade se acentua, conforme se verá adiante e é o que mais interessa ao presente trabalho, quando se trata de elementos normativos do tipo penal, de elementos de valoração global e de normas penais em branco.

No que se refere especificamente aos elementos normativos, é grande a dificuldade, pois o cidadão comum não tem como conhecer todos os conceitos jurídicos utilizados pelo legislador. Normalmente admite-se que essa falha pode ser suprida pela valoração paralela na esfera do leigo. O cidadão poderia identificar os significados sociais subjacentes aos conceitos jurídicos, porque integrantes da cultura comum que orienta as decisões da vida diária. Entretanto, o erro sobre os elementos normativos constitui a questão mais complexa de toda a teoria do erro, diante do grande número de opiniões conflitantes sobre o tema na doutrina, conforme registram MAURACH/ZIPF²⁴⁵.

Aceitar-se uma valoração paralela na esfera do leigo é, ainda, bastante mais difícil quando se trata de elementos normativos constantes em tipos do Direito penal socioeconômico, sendo impossível ao cidadão identificar os significados sociais subjacentes aos conceitos jurídicos presentes nesse setor, como melhor adiante se analisará.

O que importa aqui é analisar brevemente a delimitação que comumente se faz entre erro de tipo e erro de proibição, para, posteriormente, analisar-se especificamente a questão do erro sobre os elementos normativos, sobre os

²⁴⁴ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 209-213.

²⁴⁵ MAURACH/ZIPF, ob. cit., **Derecho Penal**. p. 663.

elementos de valoração global e sobre o complemento da lei penal em branco, objeto específico do próximo capítulo.

Para se trazer uma noção a respeito do tratamento dado a essa problemática pela doutrina majoritária, basta referir-se ao posicionamento de ROXIN, pois, conforme ele próprio, a delimitação que desenvolve em seu manual “corresponde em grandes traços com a doutrina dominante”²⁴⁶.

Acerca do erro sobre elementos normativos, ROXIN inicia registrando que a distinção entre elementos descritivos e normativos do fato possui sua maior relevância prática sobre a faceta cognoscitiva do dolo: conhecimento significa percepção sensorial das circunstâncias descritivas do fato e compreensão intelectual das normativas. A compreensão que caracteriza o dolo típico nos elementos normativos, segundo ele, não significa uma subsunção jurídica exata dos conceitos empregados pela lei, bastando que com o conteúdo de significado social do fato incriminado aludido com esses conceitos se abra a compreensão do sujeito. Trata-se da valoração paralela na esfera do leigo²⁴⁷.

Essa valoração paralela corresponderia ao conhecimento necessário para o dolo, porque o objeto deste não são os conceitos jurídicos ou a antijuridicidade da ação, mas circunstâncias de fato, isto é, os *factos externos junto com seu significado social*.

Diante disso, o autor ressalta que, normalmente, o erro sobre elementos normativos constitui erro de subsunção (penalmente irrelevante). Cita como exemplo o caso em que, num bar, os traços deixados pelo garçom no suporte de papelão do chope constituem prova da quantidade consumida, sendo que o agente apaga alguns desses traços. Age ele com dolo de falsificação de documento particular, porque sua valoração reproduz, na esfera do leigo, o conceito jurídico de documento. Se interpretou que documento seria apenas escrito com forma predeterminada, agiu em erro de subsunção. Idêntica situação ocorre com um estudante que adquiriu, conjuntamente com um amigo, um livro e, ao deixar de morar na mesma residência, leva-o para seu uso exclusivo sem autorização do outro. Novamente, tratar-se-ia de um erro de subsunção, ao considerar que alheio seria apenas aquilo que pertence exclusivamente a terceiro²⁴⁸.

²⁴⁶ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 468.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 460.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 461-462.

Todavia, conforme registra, há casos em que o conteúdo de sentido social não pode ser entendido sem uma determinada qualificação jurídica. Nesses casos, *a correta qualificação jurídica pertence à compreensão intelectual da circunstância do fato de que se trate é requisito do dolo*. Assim acontece no caso em que alguém, por mais que seja devido a considerações jurídicas equivocadas, toma a si mesmo por proprietário de algo (em realidade alheia) de que se aproveita para si. Não pode responder por furto, pois não entendeu sequer de modo social-profano que a coisa pertence a outro. Da mesma forma, falta o dolo do delito de favorecimento pessoal ou frustração da pena, quando alguém oculta outrem da polícia, crendo, ainda que seja devido a uma errônea interpretação do Direito, que este não é penalmente responsável, pois em tal caso o sujeito não parte, nem sequer em sua representação profana, da idéia de que seu protegido deveria ser castigado²⁴⁹.

Assim, conclui o autor que *não é correto afirmar que as valorações jurídicas errôneas (erro de Direito) poderiam ser sempre apenas erros de subsunção ou, conforme o caso, erro de proibição*. Quando o sentido social de uma circunstância do fato é compreensível e se compreende sem conhecimento do conceito jurídico que a caracteriza, as falsas interpretações jurídicas (subsunções errôneas) deixam intacto o dolo. Ao contrário, *quando uma concepção jurídica equivocada impossibilita ao sujeito o sentido social de sua atuação, tal erro exclui o dolo em relação ao elemento normativo em questão*. O dolo, portanto, no Direito penal vigente, está concebido a partir da perspectiva do saber, como conhecimento do sentido social, não de proibição jurídica. Segundo ROXIN, então, seria isso que sustenta a diferença entre erro de tipo e erro de proibição²⁵⁰.

Do exposto, extrai ainda mais algumas considerações importantes para a delimitação entre erro de tipo e erro de proibição. De acordo com ele, quando um erro concerne unicamente à antijuridicidade da ação típica, trata-se de um erro de proibição, ainda que se refira a uma circunstância do fato que, sob a aparência de um elemento individual, incluía em si o juízo de antijuridicidade. Isso ocorreria com os elementos de valoração global do fato. Situação diversa ocorreria se o erro sobre a reprovabilidade não afeta a valoração global do fato, mas uma circunstância cuja

²⁴⁹ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 462.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 462-463.

ocorrência faria aparecer a atuação do sujeito como não reprovável. Nesse caso, tratar-se-ia de erro de tipo, excludente do dolo²⁵¹.

Adverte, também, na seqüência, que a idéia de que quando um erro concerne unicamente à antijuridicidade da ação típica trata-se de um erro de proibição só é válida com a reserva de que o sujeito que erra sobre a valoração global do fato advirta ao menos na esfera do leigo o que determinou o legislador em sua valoração. Contudo, nos casos em que, para compreender o sentido social da conduta, é necessário ter efetuado uma valoração jurídica, tal valoração pertence também ao dolo, ainda que seja praticamente idêntica ao juízo da antijuridicidade. Cita como exemplo o caso do erro sobre a existência de uma dívida tributária. Nessa situação, trata-se de erro de tipo, pois quem acredita não ser devedor de imposto algum não abarca sequer na esfera do leigo eventual prejuízo ao fisco, que é próprio ao delito de sonegação fiscal. Isso é assim, segundo ele, porque se trata de um elemento de valoração do fato não divisível. Em delitos como o de sonegação fiscal, um erro de proibição seria bastante difícil de ocorrer, porque o conhecimento da dívida tributária implica necessariamente o conhecimento da antijuridicidade daquele que não cumpre suas obrigações²⁵².

Por fim, analisa a questão referente à delimitação entre erro de tipo e erro de proibição nas leis penais em branco. Conclui que um erro sobre a existência da norma integradora ou a suposição de uma causa de justificação inexistente é um erro de proibição, enquanto que o erro sobre circunstâncias do fato da norma integradora exclui o dolo²⁵³.

²⁵¹ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 463-464.

²⁵² *Ibid.*, p. 464-465.

²⁵³ *Ibid.*, p. 466.

3 O ERRO SOBRE OS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO, SOBRE O COMPLEMENTO DAS LEIS PENAIS EM BRANCO E SOBRE OS ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO

Conforme se viu no capítulo anterior, especialmente no último tópico, item 2.5, a distinção entre erro de tipo, erro de proibição e erro de subsunção, em algumas hipóteses, torna-se bastante difícil, sendo os casos de erros sobre elementos normativos do tipo, leis penais em branco e elementos de valoração global do fato.

No âmbito do Direito penal socioeconômico, o tratamento do erro passa, justamente, pela análise desses casos, sobretudo, porque a existência de tais elementos é bastante comum nos tipos penais socioeconômicos, como se verá adiante, sendo imprescindível a este estudo, então, uma análise mais aprofundada da matéria.

O assunto, apesar de sua fundamental relevância teórica e prática, é pouco tratado pela doutrina brasileira. Até mesmo na Espanha, como adverte DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO a respeito do erro sobre os elementos normativos do tipo, autor da única monografia sobre o tema nesse país, datada de março de 2008, há um escasso tratamento, razão pela qual buscou subsídios na doutrina alemã, em que há grande divergência acerca da melhor solução a ser dada a esses problemas²⁵⁴.

3.1 O ERRO SOBRE OS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO

3.1.1 Introdução

O tratamento do erro sobre os elementos normativos do tipo possui relevância quando se trabalha com a teoria da culpabilidade, que é, como já assinalado, a adotada expressamente pela legislação brasileira (especificamente a teoria limitada da culpabilidade). Isso decorre do fato de que o tema apresenta dois problemas principais, quais sejam: a) estabelecer se o erro sobre os elementos normativos do tipo constitui erro de tipo ou erro de proibição; e, b) analisar a problemática sob o

²⁵⁴ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, p. 199.

enfoque do erro de subsunção, normalmente utilizado pela doutrina, em conjunto com seu instrumento auxiliar da valoração paralela na esfera do leigo, para consignar que o erro sobre elementos normativos do tipo seria irrelevante. Essa discussão perde razão de ser, por óbvio, quando se trabalha com a teoria do dolo, porquanto, como já explicado, são gerados os mesmos efeitos caso se trate de erro de tipo ou erro de proibição, ambos excluindo o dolo.

Não há dúvidas de que a maior dificuldade é estabelecer se o erro sobre um elemento normativo do tipo, caso seja relevante, constitui um erro de tipo ou um erro de proibição e se isso ocorre com independência das características que revestem o erro ou se depende delas. Ademais, é preciso analisar se deve ou não se prescindir da tradicional distinção entre erro de tipo e erro de proibição nesse setor. A relevância prática da matéria, assim, é evidente e enorme, especialmente no Direito penal socioeconômico, em que abundam elementos normativos complexos.

Na doutrina brasileira dominante é comum se afirmar que o elemento normativo é um dos elementos do tipo e, como o artigo 20 do Código Penal brasileiro estabelece que o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, o erro incidente sobre um elemento normativo seria um erro de tipo²⁵⁵. Essa abordagem, porém, possui uma contemplação meramente formal e simplista, porque, como ensina DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO:

(...) la mera mención de un elemento en la descripción legal no convierte automáticamente a éste o a todos los posibles aspectos de éste sobre lo que puede recaer un error en elementos del tipo. El suponer que todo error sobre elementos normativos o afines del tipo ha (o había) de someterse a lo dispuesto en el artículo 6 bis a) CP 1944/1973 o el § 16 StGB respecto del error de tipo sería similar a afirmar la necesaria relevancia del *error in persona* sin cambio de tipo (error sobre la identidad) por el hecho de que la persona (el “outro”) es un elemento típico esencial del homicidio, cuando sucede que una faceta de ese elemento, como es la identidad de la persona es, para una mayoría de autores, con razón, irrelevante mientras no suponga un cambio de tipo (en realidad, la identidad no es un elemento del tipo).²⁵⁶

A doutrina dominante brasileira admite essa possibilidade apenas nos casos em que o erro recai sobre pressupostos fáticos empíricos. É o caso, v.g., daquele

²⁵⁵ Nesse sentido, vide MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 1999. p. 169. E, ainda, PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 280.

²⁵⁶ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 191-192.

que leva de um restaurante um guarda-chuva que pensa ser seu, errando sobre o caráter *alheio* do bem²⁵⁷. Sobre essa posição, TIEDEMANN consigna:

El error sobre la ajenidad de una cosa excluía ya en el Derecho romano el dolo del delito de hurto. De hecho, este error no es idéntico con el que recae sobre la prohibición de sustraer cosas ajenas.²⁵⁸

Vale consignar, ainda, do mesmo autor, o seguinte trecho, que pode ajudar a esclarecer o assunto:

No obstante, aun queda sustancialmente sin aclarar por qué la opinión dominante considera que tratándose de elementos normativos del tipo – es decir, en presencia de tipos penales formalmente cerrados – el conocimiento de la valoración extrapenal (por ejemplo, la ajenidad de la cosa o la contrariedad a las buenas costumbre de las lesiones) constituye contenido y objeto del dolo, y que, en consecuencia, su desconocimiento entraña un error de tipo (en la medida en que la jurisprudencia penal, y también la de la Corte Suprema, no vuelva a considerar, exclusivamente, el conocimiento de los hechos). Sobre este aspecto, la ya aludida reciente jurisprudencia de la Corte constitucional federal en torno a la función de garantía del tipo del art. 103, párrafo 2 GG, ofrece un paralelismo y al mismo tiempo una explicación: en la mayoría de los casos, los elementos normativos del tipo caracterizan el *objeto de protección*, de cuya lesión surge la llamada del ilícito: sin el conocimiento de la ajenidad de la cosa no hay llamada del ilícito en lo que concierne a un hurto cometido culpablemente... En otros supuestos, en los que no se trata de tutelar institutos extrapenales (como la propiedad), el recurso al uso de elementos normativos suscita la cuestión de la *descripción de la acción*, que aun siendo parte del tipo se separa, claramente tanto del mandato como de la prohibición de acción. Quien “mata sin motivo razonable un vertebrado” es punible de acuerdo con el § 17 de la ley de protección de los animales, pero –para Jakobs y Schlüchter- actúa dolosamente sólo si conoce los criterios sobre cuya base la comunidad jurídica valora los “motivos razonables”; en sus resultados se trata de la misma construcción que la que existe en relación con el elemento “ajenidad” en el tipo de hurto.²⁵⁹

O que se pretende verificar aqui, entretanto, é que o mesmo ocorre com alguns erros não tão físicos sobre elementos normativos do tipo, ainda que sua origem seja um erro de Direito. O importante não é a origem do erro, mas como ele afeta o conhecimento da ocorrência dos elementos do tipo. Nas palavras de MIR

²⁵⁷ Nesse sentido, MIRABETE consigna: “Um erro que recai sobre elemento normativo do tipo também é erro de tipo excludente do dolo (pela lei anterior era considerado *erro de direito* inescusável). Não age com dolo, por exemplo, o agente que, ao se retirar de um restaurante, leva consigo o guarda-chuva de outrem, supondo ser o seu, pois não sabe que se trata de ‘coisa *alheia* móvel’. Também há erro sobre elemento do tipo na conduta do agente que oferece vantagem a empregado de empresa paraestatal, sabendo-o tal, mas supondo equivocadamente que não está o destinatário da oferta equiparado a ‘funcionário público’”. MIRABETE, ob. cit., p. 169.

²⁵⁸ TIEDEMANN, *Estudios Jurídicos*, p. 896.

²⁵⁹ *Ibid*, p. 906.

PUIG, “aunque el error sobre un elemento normativo sea de derecho, acaba suponiendo una errónea apreciación del hecho típico”²⁶⁰.

Quanto ao erro de subsunção, deve-se, inicialmente, lembrar que é aquele em que há a falsa crença de que um determinado estado de coisas subsume-se ou não a certo tipo penal ou a um elemento seu. O assunto ganha relevância no tratamento do erro sobre os elementos normativos, pois, apesar de o erro de subsunção não ser afeto exclusivamente aos elementos normativos, ocorre, na grande totalidade dos casos, sobre eles, porque é mais fácil que incida sobre os termos legais, como os que se referem muitos elementos normativos. Para tratar do erro sobre os elementos normativos, grande parte da doutrina se vale do erro de subsunção e de seu instrumento auxiliar, isto é, a valoração paralela na esfera do leigo, sustentando sua irrelevância penal.

Normalmente, conforme já registrado, a doutrina entende que o erro de subsunção é penalmente irrelevante, ainda que uma boa parte defenda que em alguns casos pode dar lugar a um erro de proibição. Apenas uma minoria defende que o erro de subsunção pode dar lugar a um erro de tipo.

3.1.2 Principais posicionamentos sobre o assunto

Como já consignado, no Brasil não se conhece nenhum estudo específico acerca do erro sobre os elementos normativos do tipo. Na Espanha há, apenas, uma monografia, bastante recente, dedicada ao tema, bem como alguns outros poucos artigos. Diante disso, valer-se-á do agrupamento feito por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO a respeito dos principais posicionamentos sobre o assunto, nos seguintes termos: a) postura adotada por aqueles que entendem que o fator decisivo é aportado pela distinção entre erro de fato e erro de Direito (BURKHARDT e KINDHÄUSER); b) posicionamento dos que, à margem do erro de fato, consideram que o preponderante é verificar se ocorreu um erro de Direito extrapenal ou penal (HERZBERGER, HAFT, KUHLEN e PUPPE); c) a tese majoritária da valoração paralela na esfera do leigo (MEZGER, WELZEL, HERBERGER, ROXIN e a do próprio DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, que será aqui alocada); e, d) posicionamentos

²⁶⁰ MIR PUIG, Santiago. Comentarios al capítulo primero del título primero del libro primero del nuevo Código Penal. *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona, v. 96, n. 2, p. 313-339, 1997. p. 328.

que não se enquadram em nenhum dos três anteriores (DARNSTÄDT, KAUFMANN, SCHLÜCHTER, SUAY HERNÁNDEZ, DOPSLAFF e FRISCH)²⁶¹.

3.1.2.1 Postura adotada por aqueles que entendem que o fator decisivo é aportado pela distinção entre erro de fato e erro de Direito (BURKHARDT e KINDHÄUSER)

Antigamente, com base no postulado *ignorantia legis neminem excusat*, tinha-se a noção de que o erro de Direito seria irrelevante. Ao se reconhecer, todavia, o erro de proibição no Brasil, a partir de 1984, isso foi em parte superado, restando dar uma adequada interpretação ao artigo 21 do Código Penal brasileiro, que afirma ser o desconhecimento da lei inescusável, conforme visto no segundo capítulo desta dissertação.

Alguns autores, ao tratar do erro sobre os elementos normativos, vêm sugerindo a retomada da distinção entre erro de fato e erro de Direito, ainda que sob pressupostos diversos daqueles do postulado *ignorantia legis neminem excusat*.

BURKHARDT defende claramente essa retomada, embora apenas para o erro inverso (hipótese em que um agente pode equivocar-se ao revés sobre um elemento normativo, isto é, considerando que sua conduta preenche determinado elemento típico quando, na verdade, não é assim), ou seja, para verificar se existe ou não dolo nesse caso. Segundo ele, o erro inverso de fato (o não fundado em conhecimentos jurídicos errôneos) dá lugar, como nos elementos descritivos, à tentativa punível, ao passo que o erro de Direito (erro sobre os elementos normativos jurídicos) dá lugar a um delito putativo, portanto, impune²⁶².

A construção de KINDHÄUSER é bastante mais complexa e não se aplica apenas ao erro inverso²⁶³. Ele inicia suscitando o problema de se o objeto do dolo são as condições suficientes para a realização do tipo ou se é necessária uma representação conceitual que seja ao menos equivalente ao sentido do tipo, exemplificando que se optar pela primeira, no caso de um escrito pornográfico, será necessário que o sujeito conheça apenas o conteúdo do escrito, ao passo que se

²⁶¹ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 219 e ss.

²⁶² BURKHARDT, Björn. Rechtsirrtum und Wahndelikt – Zugleich Anmerkung zum Beschluß des BayObLG v. 15.10.1980, JZ 1981, 715. In **Juristenzeitung**, 1981. p. 681-688. p. 681 e 688. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 223.

²⁶³ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO adverte que o mais importante é conhecer a construção de KINDHÄUSER e não se é correto incluí-la nesse tópico, demonstrando certa dúvida em seu enquadramento. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 222.

optar pela segunda, exigir-se-á que o agente tenha ciência não só do conteúdo, mas de que tal escrito pode ser considerado pornográfico. Ele deixa claro que, em sua opinião, apenas as condições do tipo, e não seu sentido, são objeto do dolo²⁶⁴.

O autor assinala que, quando uma expressão, descritiva ou normativa, é empregada num enunciado para caracterizar um objeto, faz-se necessário distinguir entre o conteúdo ou sentido do enunciado e as condições que devem cumprir-se faticamente para que o enunciado seja verdadeiro, o que se traduz na diferenciação exata entre erro sobre o conteúdo de um enunciado com os predicados típicos e o erro sobre as condições fáticas sob as quais esse enunciado é verdadeiro²⁶⁵.

Utiliza o exemplo clássico do erro sobre elemento normativo, ou seja, o “documento”. Consoante seu entendimento, quem apaga do suporte do caneco de seu chope os riscos feitos pelo garçom para controlar a quantidade consumida e crê que não falsifica documento algum, porque acredita que um documento deve conter também a assinatura do emissor, tem-se um erro sobre o sentido da palavra “documento”, pois pensa que o elemento da assinatura do emissor é parte do conteúdo do conceito. Ao contrário, se um sujeito acredita erroneamente que um papel com umas anotações em rascunho redigido num idioma estrangeiro trata-se de uma fatura e altera uma cifra, ele já não se equivoca sobre o conteúdo do predicado “documento”, mas sobre os pressupostos da verdade de sua aplicação num caso concreto. Crê que o pedaço de papel por ele manipulado possui uma propriedade que é um pressuposto para poder o caracterizar corretamente como documento. Tem-se um erro sobre a verdade de uma predicação com um correto entendimento simultâneo de seu sentido²⁶⁶.

Consoante DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, tendo-se assentada a idéia de que o erro empírico, o erro sobre a verdade, é sempre relevante para o dolo, KINDHÄUSER acredita que todos os problemas, como a valoração paralela na esfera do leigo e o erro de subsunção, por exemplo, ocorrem em torno do erro de sentido referido à linguagem. Para ele, este erro é sempre irrelevante para o dolo e se alguma vez tiver relevância penal, será um erro de Direito²⁶⁷.

²⁶⁴ KINDHÄUSER, Urs Konrad et al. Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. **El error en Derecho Penal**. Tradução de Fernando Córdoba e Gustavo Bruzzone. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 139-163. p. 143.

²⁶⁵ Ibid., p. 144.

²⁶⁶ Ibid., p. 146.

²⁶⁷ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 227.

Após ressaltar o caráter preventivo da norma penal, KINDHÄUSER traz relevantes esclarecimentos:

(...) la correcta comprensión de la orden de la norma no es outra cosa que la correcta comprensión del tipo delictivo. Por ello el conocimiento del tipo es conocimiento del sentido de la norma; y un error sobre el sentido del tipo es un error de mandato o de prohibición. Por el contrario, pertenece ao conocimiento de hechos el conocimiento de los presupuestos empíricos del comportamiento debido, o sea, el conocimiento que es necesario para poder seguir la norma. Quien, por ejemplo, no sabe que aquel que grita a lo lejos quiere ser salvado de ahogarse, no conoce una circunstancia bajo la cual se debe llevar a cabo una acción de salvamento.²⁶⁸

Especificamente acerca do erro sobre os elementos normativos, esclarece que para comprovar se há dolo no caso de quem apaga os riscos do suporte do chope, considerando que não se trata de um documento, é necessário perguntar se o sujeito, em virtude de sua valoração da situação, deveria ter formado o conteúdo da proibição da falsificação de documentos e, com isso, também, o sentido do conceito de documento:

La valoración paralela no es, en lo que se refiere al conocimiento del hecho que es necesario para evitar la realización del tipo, ninguna valoración paralela, sino una valoración sencillamente incorrecta. Quien considera que la valoración paralela es un equivalente del conocimiento del hecho, finge un presupuesto necesario de la capacidad de acción referida a la norma y con ello del ilícito.

Antes bien, la pregunta correcta de la imputación debe rezar: si le hubiese sido conocido el contenido de la prohibición de la falsificación de documento y, con ello, también el sentido del concepto de documento, habría debido el autor formar en virtud de su apreciación de la situación fáctica el motivo de omitir la manipulación del posavasos de cerveza? La respuesta es claramente afirmativa: el autor ha comprendido correctamente todas las condiciones necesarias para la realización del tipo; há reconocido, por tanto, los presupuestos bajo los cuales es verdadera la predicación típica. Recién en la imputación de culpabilidad hay que preguntarse por qué el autor no há formado de manera eficaz para la acción el motivo de evitar, pese a que estaba cognitiva y físicamente en condiciones de evitar. Y la razón es ahora que el contenido, el sentido, de la prohibición de la falsificación de documento no le era conocido. A causa de su interpretación incorrecta del *concepto* de documento el autor no sabía que la manipulación de las rayas en el posavasos estaba prohibida.²⁶⁹

Por fim, KINDHÄUSER consigna que o Direito penal permite que se castigue alguém por um fato doloso ainda que não conheça a norma que proíbe seu comportamento, sempre e quando poderia e deveria evitar esse desconhecimento

²⁶⁸ KINDHÄUSER, ob. cit., p. 150-151.

²⁶⁹ Ibid., p. 155-156.

da norma. O que se espera do cidadão leal ao Direito é que de certas circunstâncias configuradoras do tipo extraia a conclusão da proibição da realização dessas circunstâncias. Somente em relação a esta conclusão teria sentido a valoração paralela na esfera do leigo para valorar um evento como socialmente danoso e, com isso, injusto²⁷⁰.

Em síntese, para KINDHÄUSER, o erro sobre os pressupostos fáticos de uma expressão descritiva ou normativa (erro de verdade) exclui o dolo, enquanto que o erro sobre o conteúdo lingüístico da expressão (erro de sentido) não o exclui e, se alguma vez for relevante, será como erro de Direito²⁷¹.

3.1.2.2 Posicionamento dos que, à margem do erro de fato, consideram que o preponderante é verificar se ocorreu um erro de Direito extrapenal ou penal (HERZBERGER, HAFT, KUHLEN e PUPPE)

A jurisprudência alemã e a espanhola, antigamente, criaram uma exceção à vestuta distinção entre erro de fato e erro de Direito, diferenciando este último em penal e extrapenal. O erro de Direito extrapenal era equiparado ao erro de fato. Essa opção, criticada durante muitos anos na Alemanha, tem sido retomada por alguns autores²⁷².

HERZBERGER, ao tratar do erro inverso, assevera que quando ele recai sobre fatos ou sobre o Direito na “antesala do tipo” (Vorfeld), é relevante por fundamentar o dolo do sujeito e, conseqüentemente, dá lugar à tentativa, enquanto o erro de Direito “sobre o alcance do tipo” não fundamenta o dolo do sujeito e dá lugar a um delito putativo e, portanto, impune²⁷³. Assim, quem queima um testamento

²⁷⁰ KINDHÄUSER, ob. cit., p. 161 e ss.

²⁷¹ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 310.

²⁷² TIEDEMANN esclarece bem o assunto ao consignar: (...) El punto de vista contrario era más fácil de sostener antes de 1975 que después de ese año. El § 59 del Código Penal del Reich dejaba abierto el problema relativo al tratamiento del error sobre la prohibición, y se limitaba a establecer una regulación del error sobre las circunstancias del hecho. La Corte Suprema del Reich, siguiendo todavía una jurisprudencia discutible pero constante, había asimilado, como es conocido, al error sobre las circunstancias del hecho *el error sobre la ley extrapenal* y había declarado que dicho error excluye el dolo em el sentido del § 59 (*error iuris criminalis nocet*). De este modo, mandatos normativos que no pertenecen al Derecho penal, pero que son objeto de referencia por parte de éste, fueron tratados como hechos; de acuerdo con un estado de opinión ampliamente difundido, con esto se venía a admitir la existencia de un amplio flujo de normas así como la imposibilidad de conocer estas normas en su totalidad”. TIEDEMANN, **Estudios Jurídicos**, p. 898.

²⁷³ HERZBERG, Rolf Dietrich. Das Wahndelikt im der Rechtsprechung des BGH. In **Juristische Schulung**, 1980. p. 469-480. p. 472. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 252.

privado alheio escrito a máquina, que no Direito alemão, por falta de requisitos formais, não é documento, comete tentativa de destruição de documentos se seu erro deve-se ao fato de que desconhece os requisitos formais para que um testamento seja documento, ou seja, tenha valor probatório. Deverá ser qualificado o fato como delito putativo quando o sujeito conhece a falta de valor probatório do papel, mas o considera documento no sentido do Direito penal pela possibilidade de que contenha uma vontade de testar séria, ainda que ineficaz²⁷⁴.

HAFT, por seu turno, entende que a referida construção jurisprudencial, em muitos casos, é plausível, mas lhe falta uma base racional, que lhe pretende atribuir. Inicialmente, propõe substituir o termo “erro de tipo” por “erro relativo ao objeto”, de modo a deixar claro que tal erro só pode existir fora do tipo. Assim, erra desse modo, por exemplo, quem tome como própria uma coisa alheia e a destrói em razão disso. O oposto disso é o que chama de “erro relativo ao conceito”, que só pode ser compreendido com as vistas postas no tipo legal²⁷⁵.

No que pertine aos conceitos normativos ter-se-ia o seguinte: se o sujeito crê que, como co-proprietário, pode destruir uma coisa, tal erro é relativo ao conceito, pois só pode ser comunicado de maneira compreensível em relação ao elemento típico “alheio”, enquanto se o erro consiste em que o sujeito olvida que não é proprietário único, senão co-proprietário da coisa, está-se diante de um erro relativo ao objeto. O importante, então, é se o ponto de referência do erro está fora da lei, em cujo caso há erro relativo ao objeto, ou se, ao contrário, está precisamente na lei, em cujo caso há erro relativo ao conceito, sendo indiferente se desconhece um elemento concreto ou a proibição legal *in toto*²⁷⁶.

Em apertada síntese, pode-se concluir que, para HAFT, o erro relativo ao objeto afeta o dolo e o erro relativo ao conceito é irrelevante para o dolo.

KUHLEN elaborou uma inovadora e bastante complexa teoria para a defesa desse posicionamento. Inicialmente, rechaça o que chama de estrutura vertical da distinção entre erro de tipo e erro de proibição, que sustenta que o erro de tipo exclui

²⁷⁴ HERZBERG, Rolf Dietrich. Das Wahndelikt im der Rechtsprechung des BGH. In **Juristische Schulung**, 1980. p. 469-480. p. 473. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 252.

²⁷⁵ HAFT, Fritjof. Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht. In **Juristische Arbeitsblätter**, 1981, p. 281-285. p. 284. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 254.

²⁷⁶ HAFT, Fritjof. Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht. In **Juristische Arbeitsblätter**, 1981, p. 281-285. p. 284-285. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 255.

o dolo e o erro de proibição não. Postula uma estrutura horizontal de diferenciação, em que se deve distinguir entre erro excludente do dolo e erro não excludente do dolo, afete o tipo ou a antijuridicidade. Segundo ele, é necessário aquilatar qual grau de concreção do Direito objetivo afeta o erro. Para ele, o erro de fato e o erro de Direito extrapenal seriam excludentes do dolo e o erro de Direito penal não²⁷⁷.

A construção que elabora é extremamente complicada e extensa, sendo suficiente aqui ressaltar a síntese elaborada por ROXIN, no sentido de que KUHLEN se desliga completamente da distinção de orientação sistemática entre erro de tipo e erro sobre a antijuridicidade, retomando a antiga distinção entre erro de Direito penal e extrapenal. Justifica sua postura com base no critério da estrutura temporal. Quando o Direito penal remete a regulações extrapenais, como o termo “alheio”, trata-se de normas dinâmicas, pertencente ao âmbito prévio extrapenal, cujo juízo equivocado exclui o dolo. Ao contrário, o conceito de reprovabilidade caracteriza uma norma estática intrapenal, cujo desconhecimento pode fundamentar um erro de proibição²⁷⁸.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, igualmente, esclarece que para distinguir entre erro de Direito penal e extrapenal, KUHLEN faz uma diferenciação segundo a estrutura temporal das normas. O erro sobre normas de estrutura estática é um erro de Direito penal, não excludente do dolo. O erro sobre normas dinâmicas só será erro de Direito penal, irrelevante para o dolo, quando a concreção possua a mesma estrutura temporal da norma de partida, ao passo que será erro de Direito extrapenal excludente do dolo quando sua concreção possua uma estrutura diversa²⁷⁹.

Finalmente, PUPPE constrói interessante teorização, afirmando, inicialmente, que a diferenciação entre erro de Direito penal e extrapenal é correta, não sendo apropriados apenas esses termos. Ela sustenta que o que deve abarcar o conhecimento próprio do dolo é o sentido do tipo, o qual é um estado de coisas, um conjunto de circunstâncias de fato, ou seja, uma realidade, um fato. Os fatos não são a extensão do tipo, mas seu próprio sentido, isto é, sua intensão completada. O dolo deve abarcar o sentido do tipo, e isso deve ser assim tanto nos elementos descritivos como nos normativos, sendo necessário, em ambos, um ato de

²⁷⁷ KUHLEN, Lothar. **Die Unterscheidung Von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtu.** Frankfurt: Peter Lang, 1987. p. 298-332. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 257.

²⁷⁸ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 469-470.

²⁷⁹ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 310.

compreensão intelectual. Há erro de tipo quando o erro recai sobre o sentido do tipo e há erro de subsunção quando recai sobre seu teor literal²⁸⁰.

3.1.2.3 A tese majoritária da valoração paralela na esfera do leigo (MEZGER, WELZEL, ROXIN e HERBERGER)

O desenvolvimento inicial da chamada “valoração paralela na esfera do profano” é atribuído a MEZGER. Criticando os que entendiam ser necessária uma subsunção exata de todos os elementos do tipo, em 1927, ele apresentou pela primeira vez essa sua proposição. Importante ressaltar o seguinte trecho de seu texto:

Salta a la vista en efecto que no podemos ni debemos exigir para el dolo del autor la valoración jurídica o de otro tipo de las circunstancias de hecho tal y como se llevará a cabo posteriormente en el enjuiciamiento del hecho por el juez. Al profano le faltan todas las condiciones necesarias de formación jurídica y de otro tipo previa para tal valoración. Y sin embargo no se trata por otro lado de desnaturalizar tanto el concepto de culpabilidad que se conforme uno con el mero conocimiento de las puras circunstancias de hecho; a quien no tiene conocimiento del significado de su hecho le falta precisamente la culpabilidad necesaria para el actuar doloso. Creemos por tanto que toda esta difícil cuestión, todavía demasiado poco examinada con un plateamiento agudo del problema, solo se puede resolver satisfactoriamente exigiendo para el dolo, en tanto se trate de elementos normativos del tipo, una valoración paralela a la del juez en la esfera intelectual del autor.²⁸¹

Em trabalhos posteriores utilizou expressamente o termo “valoração paralela na esfera do profano” para se referir ao conhecimento exigido ao dolo acerca dos elementos normativos do tipo, deixando claro que a entendia como uma apreciação do elemento típico no círculo intelectual da pessoa individual e no ambiente do sujeito que esteja orientada no mesmo sentido que a valoração legal-judicial²⁸².

WELZEL, a respeito do conhecimento dos elementos normativos, defendeu a utilização de fórmula similar. Acreditava que a expressão utilizada por MEZGER não

²⁸⁰ PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de Derecho, error de subsunción. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Gustavo Bruzzone. **Cuadernos de Política Criminal**. Madri, n. 47, 1992, p. 349-392. p. 349 e ss.

²⁸¹ MEZGER, Edmund. Ammerkung zu RG. In **Juristische Wochenschrift**, 1927, p. 2006-2008. p. 2007. Citado e traduzido por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 272-273.

²⁸² MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. 3ª ed. Tradução de José Arturo Muñoz. Completada e atualizada por Antonio Quintano Ripollés. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957. p. 148.

era a mais adequada, pois nem sempre era necessária uma valoração. Assim, falava em “juízo paralelo na consciência do autor”. De acordo com ele, para o dolo dos elementos normativos não basta o conhecimento do “fundamento de fato”, mas, paralelamente ao juízo legal, o conteúdo do significado social desse elemento. Não é necessário que o autor tenha exata compreensão jurídica do que se entende por “documento”, mas deve reconhecer o aspecto decisivo que determina a proteção de documentos, ou seja, sua função relevante como prova no campo jurídico. Se falta ao autor esse juízo paralelo sobre o sentido social de um elemento normativo, exclui-se o dolo. De outra via, se ocorre um erro acerca do conceito utilizado na lei penal caracteriza-se um erro de subsunção²⁸³.

Essa formulação de MEZGER e WELZEL tornou-se absolutamente dominante na doutrina penal. Dentre os autores que a defendem há divergências de opiniões, mas as linhas básicas da proposição são aceitas.

ROXIN, certamente um dos penalistas mais respeitados (senão o mais respeitado) da atualidade, aceita esse posicionamento, mas com algumas observações imprescindíveis. Seu posicionamento já foi exposto no capítulo anterior, mas não é desnecessário aqui repetir as linhas básicas. Esclarece que a compreensão intelectual que caracteriza o dolo típico nos elementos normativos não significa uma subsunção jurídica exata dos conceitos empregados pela lei, bastando que o conteúdo de significado social do aludido fato incriminado com esses conceitos se abra à compreensão do sujeito. A valoração paralela corresponde, portanto, ao conhecimento necessário para o dolo, porque o objeto do dolo não são os conceitos jurídicos ou a antijuridicidade da ação, mas as circunstâncias de fato, isto é, *os fatos externos junto com seu significado social*. Se ocorre um erro sobre a

²⁸³ Vale transcrever o seguinte trecho: “La mayoría de las características del tipo son conceptos de la vida diaria y corriente para el autor, indiferentemente de se son realmente descripciones (‘descriptivas’ como, p. ej., ‘hombre’), o valorativas (‘normativas’ como, p. ej. ‘lascivo’). Sin embargo, muchos tipos emplean también conceptos de índole técnica, médica, jurídica, cuyo contenido exacto es desconocido para el lego; p. ej., ‘documento’, ‘funcionario’, ‘cosa ajena’, ‘enfermedad mental’, y similares. No es forzoso que el autor qualifique esas características del hecho con exactitud jurídica. Él debe tener solamente un conocimiento de qué significación y función especial tienen en la vida social los hechos denominados con aquellos conceptos, sobre los cuales se basa su estimación jurídica. La estimación social de las circunstancias reales de hecho por el autor debe ir paralela a la jurídica “valoración paralela em la esfera del lego”... para el dolo de lo ajeno (§ 242 StGB) como para el del derecho ajeno de caza (parágrafo 292 StGb), basta, igualmente, la conciencia de que la pieza de caza “pertenece” a otro, sea que el jurista qualifique después este “pertenecer” como propiedad o como derecho de caza na pieza; segundo ello existe furto (apropiación indebida), o caza furtiva (Binding Normen, III, ps. 146 y ss., 150). No es preciso que el autor conozca el concepto jurídico de documento, pero debe saber que los documentos determinados para el intercambio jurídico gozan de una credibilidad especial en la vida social.” WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 82.

definição legal, há apenas um erro de subsunção, que jamais exclui o dolo, mas pode caracterizar um erro de proibição²⁸⁴.

Adverte, no entanto, que há casos em que o conteúdo de sentido social não pode ser entendido sem uma determinada qualificação jurídica. Então, a qualificação jurídica acertada pertence à compreensão intelectual do dolo. Cita como exemplo o já referido caso de quem se equivoca sobre o caráter alheio de algo. Segundo ele, não é correto dizer que as valorações jurídicas errôneas caracterizariam sempre apenas erros de subsunção e, às vezes, erro de proibição. Depende: quando o sentido social de uma circunstância de fato é compreensível e se compreende sem conhecimento do conceito jurídico que a caracteriza, as falsas interpretações jurídicas deixam intacto o dolo. Quando, ao contrário, uma concepção jurídica equivocada vela ao sujeito o sentido social de sua atuação (crê que está com uma coisa própria ao invés de uma alheia), tal erro exclui o dolo em relação ao elemento normativo em questão. ROXIN deixa claro que o dolo, no Direito penal alemão vigente, está concebido, na perspectiva do saber, como conhecimento do sentido social, não da proibição jurídica²⁸⁵.

Os autores que a rechaçam são, sobretudo, os referidos nos outros tópicos deste estudo.

Na doutrina dominante, como registra DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, há autores que têm uma aceitação bastante mais limitada dessa teorização, sendo o caso de HERBERGER²⁸⁶. A partir da Filosofia analítica, propõe que a valoração paralela, entendida como a comparação entre a intensão privada de um termo na linguagem do sujeito e a sua intensão oficial na linguagem das instâncias jurídicas de decisão leve em conta dois passos. Inicialmente, deve-se comparar se a intensão oficial e a privada mostram coincidência. Em segundo lugar, se essa coincidência considera-se suficiente. HERBERGER crê que a idéia da valoração paralela na esfera do leigo supõe um procedimento negativo aceitável, ao passo que como método positivo de determinação careceria de precisão²⁸⁷.

Por fim, deve-se referir ao posicionamento do próprio DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO. A respeito do erro sobre os elementos normativos *de sentido*, parte da

²⁸⁴ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 460.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 462-463.

²⁸⁶ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 280-281.

²⁸⁷ HERBERGER, Maximilian. Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht. In **Juristische Methodenlehre**, 1976, p. 124-154. p. 137 e ss. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 280-281.

concepção de dolo como objetivamente *mallo*. Extrai isso da idéia de que o elemento intelectual do dolo deve abarcar os pressupostos da proibição, ou seja, aquilo que ao homem médio ideal desde a perspectiva do Direito caberia reconhecer como o caráter proibido de sua conduta. Isso que o sujeito tem de conhecer, em todas as classes de elementos típicos, é a ocorrência, no fato, do sentido ou significado material autêntico do elemento. Para isso, segundo ele, não faz falta conhecer o processo pelo qual ocorre o elemento em determinado caso nem tampouco as regras constitutivas (pressupostos) em virtude das quais este adquire seu sentido. O erro sobre a ocorrência, no fato, do sentido ou significado material autêntico do elemento normativo é um erro de tipo excludente do dolo²⁸⁸.

O erro sobre o processo em virtude do qual se configura no caso concreto o elemento típico e o erro sobre suas normas constitutivas apenas são relevantes para o dolo quando conduzam ao desconhecimento da ocorrência, no fato, do elemento em todo seu sentido ou significado material autêntico. Para o dolo não é relevante que o sujeito conheça o sentido ou significado material autêntico de um elemento típico em abstrato. Um erro a esse respeito é um erro de subsunção que, em certos casos, será irrelevante e, em outros, conduzirá a um erro de proibição e em outros será um erro sobre a proibição penal da conduta. A categoria do erro de subsunção só resta útil se a delimita excluindo os supostos de erro sobre a ocorrência, no fato concreto, do elemento normativo em todo seu sentido ou significado material autêntico. Fixado o anterior, ressalta que a constatação do âmbito de conhecimento e o erro geram dificuldades, sobretudo, em três níveis: a) o da decisão de que elementos da descrição legal pertencem ao tipo (e com isso quais devem ser objeto do dolo) e quais não; b) o da fixação do sentido autêntico dos elementos do tipo; e, c) o da constatação processual do conhecido pelo sujeito²⁸⁹.

Quanto ao erro sobre os elementos normativos *de valor*, registra que a questão se torna ainda mais difícil, advertindo que suas conclusões têm caráter provisório, especialmente abertas a discussões. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO crê que o dolo do sujeito tem que abarcar sempre o componente descritivo do elemento valorativo, incluindo seus elementos de sentido. Em conseqüência, o erro sobre esse componente (que é o pressuposto da valoração que contém o elemento) é um erro de tipo. Quanto ao componente valorativo, o dolo não tem que abarcar a

²⁸⁸ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 422-423.

²⁸⁹ Id.

valoração quando esta coincida com a própria valoração jurídica (como ocorre com a valoração nos elementos de valoração global do fato), pois isso implicaria não o conhecimento do pressuposto da proibição, mas da própria proibição. Em outros casos, terá que atender ao sentido do elemento típico em concreto. Ao menos, porém, em relação aos elementos valorativos utilizados por tipos que protegem interesses relacionados com a moral sexual e religiosa, defende que a própria valoração deve ser considerada pressuposto da valoração jurídica e, por tanto, da proibição. Isso quer dizer que essa própria valoração (que é realizada pela comunidade e não pelo sujeito) é objeto do dolo e que o erro sobre ela é um erro de tipo que exclui o dolo (conseguir-se-ia, assim, uma restrição da punibilidade nesses delitos)²⁹⁰.

3.1.2.4 Posicionamentos que não se enquadram em nenhum dos três anteriores (DARNSTÄDT, KAUFMANN, SCHLÜCHTER, SUAY HERNÁNDEZ, DOPSLAFF e FRISCH)

DARNSTÄDT registra, primordialmente, que a dificuldade de distinguir entre as classes de erros em relação aos elementos normativos do tipo advém de que a própria linguagem é um fato institucional, constituído por uma convenção. Assim, quando se diz “O sujeito não sabia que disparava sobre alguém”, todos entendem que o sujeito errava sobre fato, concretamente o designado pela palavra “alguém”, no delito de homicídio, por exemplo. Já a oração “O sujeito não sabia que a coisa era alheia” pode dar lugar a duas explicações: a) o sujeito errava sobre a condição fática real da coisa; ou, b) o sujeito se equivocava sobre o significado da expressão “alheia”, porque, v.g., pensava que o significado de “alheia”, no delito de furto, não abarca as coisas de que um sujeito é co-proprietário²⁹¹.

Diferencia, então, o erro de tipo e o erro de proibição (o erro de subsunção é uma modalidade especial deste) a partir do objeto do erro. O erro de tipo supõe um conhecimento incompleto da realidade extralingüística (erro sobre objetos extralingüísticos), ao passo que o objeto do erro de proibição é o significado dos elementos penais típicos (erro sobre o conteúdo semântico das normas), que pode

²⁹⁰ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 423-424.

²⁹¹ DARNSTÄDT, Thomas. **Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht**. JuS 1978, p. 445. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 286.

dar-se no sentido de que o sujeito crê que não há elemento típico algum que designe sua conduta, ou radicar numa falsa representação da correspondente lei, tratando-se este segundo caso de um erro de subsunção²⁹².

DARNSTÄDT propõe um sistema de análise. Primeiro passo: averiguação do significado do elemento típico a que se refere o erro. Os elementos conceituais do delito típico em questão seriam a, b, c. Segundo passo: os elementos conceituais se referem a fatos na realidade, tanto que designam suas propriedades naturais, ou são outorgadas socialmente. Estas propriedades seriam as circunstâncias de fato A, B, C. Terceiro passo: o que fez mal o sujeito? No caso de ter se equivocado acerca dos elementos conceituais do elemento típico, há erro de proibição. De outra via, se não sabia da existência dos fatos A, B, C, há erro de tipo.

No exemplo do documento nos crimes de falsidade ter-se-ia: 1) o elemento típico “documento” no § 267 StGB possui os elementos conceituais “declaração materializada”, “emissor reconhecível” e “destinada e adequada para a prova no meio jurídico”; 2) o terceiro elemento é um fato institucional, sendo representável sobre a base de determinados usos do meio jurídico; 3) para ter dolo, o sujeito deveria conhecer corretamente esses usos²⁹³.

Arthur KAUFMANN sustenta que o dolo requer conhecimento da antijuridicidade material (lesividade social) e não conhecimento da antijuridicidade formal (contrariedade a uma lei). Importante destacar, desde já, que não considera isso válido também para o Direito penal acessório ou secundário. Na seqüência, afirma que a fórmula da valoração paralela na esfera do leigo é concebida de maneira demasiadamente estática, pretendendo uma concepção mais dinâmica, que parte da importância da linguagem, de sua bidimensionalidade e da diferenciação entre linguagem ordinária (que possui funções de comunicação, informação e social) e linguagem especializada (que possui uma função mais operativa do que informativa). Diante disso, restaria a questão de como se poderia estabelecer uma correspondência entre a esfera de consciência do leigo e a intensão da lei fixada mediante linguagem especializada, de modo que a imputação deste saber leigo ao dolo esteja justificada. Responde-a consignando que a imputação é um processo de

²⁹² DARNSTÄDT, Thomas. **Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht**. JuS 1978, p. 445 e ss. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 286.

²⁹³ DARNSTÄDT, Thomas. **Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht**. JuS 1978, p. 446. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 286-287.

comunicação entre o juiz e o sujeito, devendo haver junto à valoração paralela na esfera do leigo uma valoração paralela na esfera do julgador, que é apenas, efetivamente, onde ela ocorre²⁹⁴.

Posteriormente, num trabalho em que resumiu seu posicionamento a respeito do erro sobre os elementos normativos, consigna, inicialmente, a opção política criminal de reduzir o âmbito do erro de proibição. Conclui que caso se restrinja o erro de proibição ao puro erro sobre a antijuridicidade, desaparecem quase todos os problemas. O erro sobre um elemento normativo que não suponha exclusivamente um erro sobre a antijuridicidade é um erro de tipo, enquanto, nos poucos casos em que restam dúvidas, deverá optar-se pelo erro de tipo, em virtude do princípio *in dubio pro reo*. Quanto ao conhecimento necessário dos elementos normativos do tipo, pronuncia-se pela teoria da valoração paralela na esfera do leigo e rechaça que basta o conhecimento das circunstâncias fáticas fundamentadoras do elemento, exigindo, ao contrário, com base em WELZEL, o conhecimento do significado social, que para ele é conhecimento do injusto, ainda que não da antijuridicidade²⁹⁵.

SCHLÜCHTER, uma das investigadoras que mais se ocupou do tema, parte da idéia de que a legislação alemã exige para o dolo o conhecimento de uma circunstância pertencente ao tipo legal. Considera “circunstância”, após desenvolver aprofundada análise histórica, como “a porção de um estado de coisas caracterizadora de um fato”. Cada “circunstância” é parte de um estado de coisas que se deve subsumir no tipo e seus elementos, concretando a norma na descrição do estado de coisas e, ao contrário, adaptando-se a descrição do estado de coisas à norma correspondente. O problema surge, segundo ela, porque os elementos do tipo expressam-se numa linguagem técnica, enquanto a descrição de um estado de coisas determinado opera com a linguagem comum ou cotidiana. Como não é possível substituir intencionalmente uma pela outra, a autora elege a via da interpretação extensiva, sem perder de vista que os elementos típicos se inserem num tipo e, portanto, devem ser interpretados teleologicamente em relação a este.

²⁹⁴ KAUFMANN, Arthur. Die Parallelwertung im der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenlehre. München: Beck, 1982. p. 20 e ss. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 288 e ss.

²⁹⁵ KAUFMANN, Arthur. Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum. In **Lackner-Fs**, 1987, p. 185-197. p. 186 e ss. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos**, p. 291-292.

Entende por “circunstância”, então, “a porção de um estado de coisas caracterizadora do correspondente elemento típico interpretado teleologicamente”²⁹⁶.

Consoante seu entendimento, baseado na legislação alemã e levando em consideração estudos da psicologia cognitiva quanto à percepção, defende que se deve adotar uma visão reduzida do dolo por referência ao bem jurídico. Pela relevância, justifica-se, excepcionalmente, a longa transcrição:

El conocimiento de las porciones del estado de cosas en que consisten las circunstancias que constituyen la extensión del elemento típico no exige una valoración jurídica, ni siquiera al modo de una valoración paralela en la esfera del profano. Tampoco sirve para distinguir entre error de tipo y error de prohibición la referencia al error sobre el hecho frente al error sobre el concepto, pues se estaría destiñendo la implicación entre el proceso de percepción y la representación conceptualmente elaborada del individuo perceptor: ante elementos complejos, distintas personas pueden percibir de manera diferente un estado de cosas por sus diferentes antecedentes conceptuales. Para hablar de comisión dolosa hay que reducir las exigencias del aspecto subjetivo del hecho hasta el punto en que pueda reconocerse al sujeto como “instancia decisoria”, para lo cual el sujeto ha de haber aprehendido el significado lesivo de su comportamiento. Para cada elemento típico hay que preguntarse si el sujeto ha aprehendido la correspondiente porción del estado de cosas determinada por aquél en tal medida que lo haya estructurado sobre el (los) componente(s) referido(s) al bien jurídico; ello vale tanto para los factores coincidentes con el bien jurídico como para los que restringen su protección. Con esta idea non se tienen en cuenta para la parte subjetiva solo los hechos individuales relevantes para la subsunción, sino que se atiende al sentido del elemento típico relacionado con el bien jurídico, consiguiéndose una diferenciación más precisa que con el criterio de la valoración paralela en la esfera del profano entre el error excluyente del dolo y el que afecta solo a la culpabilidad. Solo hay dolo cuando el sujeto ha aprehendido el contenido de significado relacionado con el bien jurídico; si no, no lo hay, incluso si esa visión teleológicamente reducida del estado de cosas se la han impedido al sujeto consideraciones irrelevantes según el ordenamiento jurídico. Si el sujeto conoce el componente relativo al bien jurídico, el resto de errores solo pueden apreciarse básicamente según el § 17 StGB (error de prohibición), con la excepción del caso en que el sujeto asigna a la porción del estado de cosas un componente relativo al bien jurídico que no le corresponde según el ordenamiento jurídico: cuando ese componente asignado por el sujeto cae extensionalmente fuera por completo del marco del tipo no se puede apreciar lo dolo, lo que ocurrirá muy raramente – y solo en casos de error doble del sujeto – en el delito consumado.²⁹⁷

Assim, para a realização dolosa, o autor tem que ter compreendido todo o âmbito do estado de coisas determinado pelos elementos da correspondente norma

²⁹⁶ SCHLÜCHTER, Ellen. **Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht**. Tübingen: J.C.B., 1983. p. 79 e ss. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos**, p. 292.

²⁹⁷ Citado e traduzido por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 293-294. Trecho retirado de SCHLÜCHTER, Ellen. **Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht**. Tübingen: J.C.B., 1983. p. 141-144.

que denotam ou se referem ao bem jurídico. Vale dizer, é determinante que o autor tenha abarcado no âmbito do estado de coisas denotado extensionalmente pelo correspondente elemento típico, na medida em que tem de ser clarificados os componentes referidos ao bem jurídico²⁹⁸.

A autora faz referência a alguns exemplos interessantes, destacando-se o da caça. Um caçador dispara contra um animal cuja caça é proibida (doninha), acreditando que atira contra outro animal que acredita que a caça seja permitida (rato). Para SCLÜCHTER, deve-se concretar o objeto da ação com o disposto na Lei federal de caça alemã, de modo semelhante ao que ocorre com as leis em branco, resultando dessa análise que o elemento do tipo é o primeiro animal (doninha). Junto ao componente coincidente com o bem jurídico existe um componente restritivo da punibilidade: só se protegem alguns animais, não todos que se encontram na zona de caça. Entre os protegidos estão os animais selvagens da família dos mustelídeos, a que pertence a doninha. O sujeito apreendeu o componente coincidente com o bem jurídico (ao pensar que se tratava de um animal submetido ao direito de caça), mas não o componente restritivo da proteção ao bem jurídico (ao crer que se trata de um rato e não de uma doninha), pelo que falta o dolo em relação ao tipo respectivo²⁹⁹.

Já no exemplo do suporte do caneco de chope, há dolo, pois o sujeito teve conhecimento do componente coincidente com o bem jurídico, isto é, a sua função de prova³⁰⁰.

Em síntese, conforme SCHLÜCHTER, deve-se adotar, em relação ao objeto do dolo, uma visão reduzida do estado de coisas, por referência ao bem jurídico. O dolo só necessita abarcar os aspectos do elemento típico relevantes para o bem jurídico, isso numa interpretação teleológica do próprio sentido do tipo, sendo relevantes para o dolo, portanto, somente os erros que impeçam o conhecimento desses aspectos.

No único artigo dedicado exclusivamente ao tema na Espanha, SUAY HERNÁNDEZ adere à postura de SCHLÜCHTER, mas fazendo algumas

²⁹⁸ Cf. SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 116.

²⁹⁹ SCHLÜCHTER, Ellen. **Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht**. Tübingen: J.C.B., 1983. p. 122-124. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 297.

³⁰⁰ SCHLÜCHTER, Ellen. **Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht**. Tübingen: J.C.B., 1983. p. 131 e ss. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 297.

ponderações, bastante interessantes. Parte de uma opção a favor da Filosofia analítica, considerando, em conexão com SCHLÜCHTER, que o objeto do erro relevante para o dolo é constituído pelos fatos. Com relação ao *modus operandi* do processo de imputação, aceita a tese de Arthur KAUFMANN do juiz como mediador entre a linguagem comum do autor e a técnica da lei, considerando essa tese como uma reformulação convincente da chamada valoração paralela. Quanto à amplitude em que o elemento intelectual do dolo do sujeito deve abarcar o âmbito fático denotado pelo elemento típico, aceita a idéia da redução teleológica do âmbito fático denotado pelos termos legais por meio do bem jurídico³⁰¹.

Apresenta uma matização, no entanto, no que diz respeito ao erro de subsunção. Inicialmente, recorda como a doutrina dominante trabalha com o erro de subsunção. Segundo ela, entende-se, majoritariamente, que ocorre um erro de subsunção quando o autor, com total conhecimento dos fatos e de seu significado social, interpreta erroneamente a seu favor o correspondente elemento típico normativo. Essa errônea subsunção não exclui o dolo quando o autor, apesar de sua defeituosa representação, tem consciência do alcance social de seu comportamento. Isso se deve a que à valoração necessária para o conhecimento da significação, basta que a tenha do modo do leigo. É suficiente que o autor, em razão de uma valoração paralela na esfera do leigo, abarque o conteúdo de significação da tipificação do injusto do correspondente elemento. Isso significa que o erro de subsunção nesse sentido é irrelevante para o dolo. Apesar disso, normalmente, aceita-se que o erro de subsunção pode dar lugar a um erro de proibição, nos casos em que a falta de representação supõe uma redução do âmbito da norma³⁰².

Para ela, todavia, o erro de subsunção consiste numa incongruência entre as correspondentes intenções vulgar e técnica, que leva, por sua vez, a uma incongruência na extensão. O peculiar de sua postura é que considera, em diversos casos, que esse erro terá relevância no âmbito do tipo, sem a necessidade de analisar a questão no plano da culpabilidade. Quando a extensão do termo legal não resulte a mesma na linguagem jurídica e na comum, o mandado de determinação que integra o princípio da legalidade obrigará a conceder relevância, como erro de tipo, a esse erro. Isso se deve, especialmente, em virtude da imprecisão e ambigüidade inerente às palavras, mas, também, de uma interpretação jurídica

³⁰¹ SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 110-112 e 123-125.

³⁰² Ibid., p. 125-126.

excessivamente extensa ou reduzida dos termos legais, ou porque as regras de aplicação ou o padrão utilizado pelo juiz não goze de uma aceitação geral e unânime na comunidade jurídica, o que é bastante freqüente nos casos dos elementos normativos, que requerem uma dupla remissão para alcançar aquela parcela da realidade que é sua referência ou extensão³⁰³.

Deixa claro que o cominado com pena não é qualquer comportamento que afete a um bem jurídico protegido, mas aquele que o afeta de forma típica. A forma típica é determinada pelas palavras da lei, não sendo nem a interpretação jurisprudencial nem a doutrinária fontes do Direito penal. Se as palavras da lei não proporcionam certeza suficiente acerca do âmbito tipificado, então, não se respeita o princípio da legalidade proclamado constitucionalmente³⁰⁴.

Diante disso, conclui que se o sujeito comete um erro quanto à extensão num caso concreto de um tipo de perfil difuso, faz-se necessário conceder relevância ao erro de subsunção como erro de tipo. Isso porque, ante questões jurídicas discutidas e discutíveis, não há que se considerar unicamente o padrão jurídico ou social que admite o jurista, com independência do que, fundadamente, possa assumir o sujeito: ambos devem ser ponderados³⁰⁵.

DOPSLAF considera que o elemento intelectual do dolo cumpre uma função de inibição, mas apenas quando se conecte esse elemento com a consciência da antijuridicidade. Ele parte do modelo da codificação dual, segundo o qual há três planos de conceitos. O primeiro são os de plano superior, referentes a objetos e situações que mostram formas de aparição externa muito diferentes, não sendo passíveis de uma representação gráfica e que, portanto, não servem para designar objetos e situações. Em segundo lugar, aparecem os conceitos intermediários, que são os que a pessoa formou precisamente em confrontação com situações de atuação muito concretas, por meio de representações gráficas. Por fim, refere-se aos conceitos de plano inferior, similar aos intermediários, mas que contêm uma diferenciação mais precisa do ambiente, do meio em que se vive. Os conceitos que pode ter um sujeito sobre sua ação são conceitos ao menos de nível intermediário,

³⁰³ SUAY HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 125-126.

³⁰⁴ Ibid., p. 127.

³⁰⁵ Ibid., p. 128.

porque o conhecimento sobre seu fato exigível no marco do dolo só pode obter o sujeito com esses conceitos³⁰⁶.

O dolo nos elementos normativos operaria da mesma maneira do que nos elementos descritivos, pois a distinção entre ambos seria supérflua. Assim, como não se exige do sujeito conhecimento algum do significado dos conceitos do tipo, não faz falta que o sujeito obtenha esse conhecimento nem sequer na esfera do leigo, pelo que um erro sobre tal significado será relevante como erro de proibição³⁰⁷.

FRISCH parte de uma concepção do injusto como injusto de decisão e de que o elemento intelectual do dolo deve abarcar aquelas circunstâncias do tipo que fundamentam a proibição (circunstância de conexão) e que, no caso de serem conhecidas e não se abster da conduta, supõem uma decisão do sujeito pelo injusto, contra o bem jurídico. Ele assevera que os problemas gerados na teoria do erro pelos elementos normativos do tipo se devem, em grande parte, a que se pretende solucionar com fórmulas gerais do erro, quando a questão central consiste em concretar a norma de maneira específica para o sujeito, de modo que reste claro se conheceu ou não as circunstâncias de conexão e, portanto, se houve ou não injusto de decisão. Concretada a norma, a questão de se houve dolo ou erro excludente dele é uma trivialidade³⁰⁸.

3.1.3 Críticas realizadas aos posicionamentos referidos

Embora todas as posições doutrinárias referidas acerca do erro sobre os elementos normativos tenham o mérito de enfrentar questão bastante complexa, contribuindo na busca de uma solução adequada ao problema, cada qual demonstrando, a sua maneira, pontos relevantes que precisam ser ainda muito debatidos, faz-se necessário apresentar as principais críticas formuladas a cada

³⁰⁶ DOPSLAFF, Ulrich. Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale. In **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, 1987, p. 2-26. p. 14 e ss. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 302-304.

³⁰⁷ DOPSLAFF, Ulrich. Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale. In **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, 1987, p. 2-26. p. 26. Citado por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 304.

³⁰⁸ FRISCH, Wolfgang. El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán. Traducción de Gustavo Bruzzone e Enrique Peña-Randa. In: ESER; GIMBERNAT; PERRON. **Justificación y exculpación**. Madri: 1995. p. 157-216. p. 188-192.

uma delas. Importante, ainda, apreciá-las sob os termos da legislação brasileira em vigor.

A postura pessoal a respeito do assunto será exposta na seqüência, evidenciando, de modo mais claro, as razões pelas quais alguns desses posicionamentos não têm como ser adotados.

Acerca das posições que pretendem retomar a distinção entre erro de fato e de Direito, pouco pode ser extraído de relevante para o Direito pátrio. O artigo 20 do Código Penal brasileiro, como já consignado, estabelece que o erro sobre *elemento constitutivo* do tipo legal de crime exclui o dolo. Sendo assim, o fator relevante não é considerar se o erro incide sobre fato ou sobre o Direito, mas, sim, se o erro incide, ou não, sobre elemento constitutivo do tipo legal.

A proposta de BURKHARDT trata, especificamente, de casos de erro inverso, o que é relevante para o ordenamento jurídico alemão³⁰⁹, mas, não, para o brasileiro, já que este não traz nenhum dispositivo que possibilite a punição de erro de tipo inverso. Além disso, a equiparação feita entre erro sobre as normas constitutivas e erro de Direito não encontra guarida na teoria de SEARLE (na qual BURKHARDT busca embasamento), pois há regras constitutivas que não são jurídicas.

A respeito da posição de KINDHÄUSER, deve-se aduzir que a sua principal contribuição foi a de pôr em evidência o caráter artificial da linguagem, com seu exemplo de que assim como alguém pode se equivocar acerca do fato de um cachorro ser uma coisa, pode errar sobre o caráter pornográfico de um escrito³¹⁰. Teve o mérito, ainda, de relacionar o mandamento da norma, o elemento intelectual do dolo e o conhecimento da proibição, propondo um método útil para descobrir o objeto do erro³¹¹.

Contra sua tese, afirma-se que não deixaria claro que o mero conhecimento dos pressupostos fáticos do elemento normativo não pode fundamentar o dolo, pois ao sujeito faltaria o conhecimento da ocorrência, em seu fato, do sentido material autêntico do elemento típico, dado sem o qual não conhece o pressuposto da proibição. Além disso, igualaria erros que são diferentes quanto à sua capacidade de excluir o conhecimento daquilo que constitui o pressuposto da proibição, ou seja, o

³⁰⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo**, p. 182.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 64.

³¹¹ *Ibid.*, p. 418.

erro sobre o próprio significado material do elemento típico e erro sobre a presença, no fato, do elemento normativo em todo seu autêntico significado material³¹².

As construções que se referem à diferenciação entre erro de Direito penal e extrapenal são consideradas mais fundamentadas e coerentes. Realmente, chegam mais próximo de uma adequada solução para o tratamento do erro sobre os elementos normativos. No entanto, também, foram alvo de fortes críticas. Consigna-se, desde já, que não serão adotadas neste estudo, especialmente, por dificultarem o entendimento de que um erro de Direito penal (de conhecimento e não de valoração) pode excluir o dolo, possibilidade que será defendida no próximo capítulo.

A distinção de HERZBERG entre erro de Direito na antesala do tipo e erro de Direito sobre o alcance do tipo foi concebida em relação ao erro inverso sobre os elementos normativos, o que não é objeto de análise deste estudo. De qualquer forma, a crítica que se faz é no sentido de que o erro de Direito na antesala do tipo não é o relevante em si, mas, sim, o erro sobre a presença, no fato, do conteúdo material autêntico da relação ou situação jurídica que o tipo incorpora como elemento próprio, se bem que tal erro ocorre procede com freqüência sobre a norma constitutiva do elemento jurídico institucional³¹³.

A distinção de HAFT entre erro relativo ao objeto (excludente do dolo) e erro relativo ao conceito (que não o exclui) apresenta a dificuldade da distinção entre objeto e conceito. Utilizaria, ainda, um método manipulável e impreciso (o da comunicabilidade compreensível do erro sem referência ou só com referência ao tipo) para averiguar de que erro se trata³¹⁴. Ademais, consoante ROXIN, é dificilmente praticável em casos de erro sobre conteúdos de significado jurídico³¹⁵.

A audaz diferenciação de KUHLEN, segundo o critério da estrutura temporal das normas, pode ser apontada como uma concepção inovadora na teoria do erro, que proporciona uma grande quantidade de informações úteis e de sugestões interessantes. Seu critério, porém, não coincide com o núcleo material decisivo da questão, além de supor um método complexo e com possibilidades de ser utilizado em diferentes sentidos, ainda que não se tenha o debatido de modo suficiente para

³¹² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo**, p. 332.

³¹³ *Ibid.*, p. 342.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 419.

³¹⁵ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 469.

comprovar sua eficiência³¹⁶. ROXIN consigna que no exemplo acadêmico de quem estima que um cachorro não é uma coisa, KUHLEN só poderia o tratar como erro de proibição irrelevante, pois o conceito de coisa seria uma norma estática (penal)³¹⁷.

PUPPE, em sua interessantíssima construção, teve o mérito de trazer para o Direito Penal uma série de elementos da Filosofia analítica, que merecem especial atenção, dada a clareza que pode ser proporcionada com sua aplicação, sobretudo, na resolução de casos limítrofes, em que, não raramente, se confundem erro de tipo com erro de subsunção. Desses elementos se destaca o de função proposicional, termo que ela utiliza para definir o que se deveria entender como sendo o tipo legal. Além disso, a idéia de diferenciar erro de tipo e erro de subsunção fazendo uso da noção de proposição L-equivalente, ou seja, logicamente equivalentes, mereceria um estudo específico para se fazer justiça á proposta da autora. Ao falar em conhecimento do sentido do tipo chega a um critério mais preciso do que o de conhecimento do significado social da conduta.

Apesar de ser plausível considerar que a aplicação desses instrumentos da lógica formal possa render bons resultados para o tratamento do erro acerca dos elementos normativos, deve-se ponderar que seu campo de aplicação é o da linguagem formal, criada com a pretensão de ser uma linguagem logicamente perfeita. Por conseguinte, embora não se possa recusar, *prima facie*, a utilização desses elementos, deve-se matizar que a linguagem jurídica não é uma linguagem logicamente perfeita, mas, ao contrário, ambígua e impregnada por aspectos emotivos. Ademais, é incorente, diante da utilização de diversos conceitos analíticos, o emprego de termos muito vagos, como “cidadão suficientemente socializado”, justamente na parte em que se deveria extrair as principais conclusões acerca do tratamento do erro. De qualquer forma, seu posicionamento não gera resultados muito diversos dos que são alcançados mediante a postura que será adotada nesta dissertação.

A tese da valoração paralela na esfera do profano, segundo CONLLEDO, não está tão equivocada quanto afirmavam seus críticos³¹⁸. De qualquer forma, algumas objeções são imprescindíveis.

³¹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo**, p. 420.

³¹⁷ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 470.

³¹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo**, p. 420.

O primeiro ponto negativo é a própria denominação. Na maior parte dos casos, não é necessária uma valoração. No que se refere especificamente à doutrina nacional, o termo profano é de difícil compreensão. Ademais, o caráter paralelo pode dar a impressão equivocada de que se reduzem as exigências de conhecimento quanto à presença do sentido ou significado material autêntico em relação aos elementos normativos.

Não há dúvida de que as propostas referidas representam um avanço ao exigir o conhecimento do significado do elemento típico. Sua formulação, entretanto, como conhecimento do significado social, resulta incompleta. Não precisa se é necessário conhecer o significado do termo em abstrato ou a ocorrência desse significado no fato praticado pelo sujeito, bem como o limita ao social, quando pode ter outro caráter (biológico, médico, jurídico, etc.).

Por outro lado, desde que feitas todas as ressalvas materiais pertinentes, a constatação de que determinados elementos possuem significado distinto, conforme a linguagem que se utilize (leiga ou especializada), forneceu uma base inicial de discussão, que permitiu a elaboração de todas as teorizações expostas.

A expressão mais correta, nos termos da postura que se adotará na seqüência, é conhecimento do sentido e significado material dos elementos do tipo, presentes na situação de fato (composta pela realidade objetiva do ser e/ou pela realidade objetiva das normas), de acordo com a linguagem do sujeito.

DARNSTÄDT teve o grande mérito de evidenciar a importância da realidade institucional para o Direito penal, principalmente, por trazer à tona uma das mais avançadas teorias, apesar de que sua análise tenha sido prejudicada pelo fato de que, em sua época, SEARLE ainda não havia trazido o conceito de função de *Status*. Essa é a principal razão da crítica feita por ROXIN, ao consignar que está correto entender que a valoração paralela é conhecimento da relevância social como fato. Porém, isso não auxiliaria a responder em que medida deve ser apreendida pelo conhecimento do sujeito a relevância social de uma circunstância³¹⁹.

A tese de ARTHUR KAUFMANN traz uma análise importante das relações entre conhecimento, socialização e linguagem, assim como do procedimento judicial de constatação do elemento intelectual do dolo e do erro sobre os elementos normativos do tipo, mas não oferece critérios novos em torno da natureza e

³¹⁹ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 468.

tratamento de tal erro, mantendo a idéia da doutrina majoritária da valoração paralela na esfera do profano³²⁰.

A proposta de SCHLÜCHTER é bem fundamentada, partindo de uma determinação extensional do que são circunstâncias que pertencem ao tipo legal, valendo-se da noção de interpretação teleológica. CONLLEDO a critica, afirmando que sua idéia de redução do estado de coisas mediante a idéia do bem jurídico supõe uma redução do objeto do conhecimento incompatível com o fato de que não só o bem jurídico é considerado no momento de formular o pressuposto da proibição³²¹. ROXIN, por sua vez, ressalta que todos os elementos do tipo são referentes ao bem jurídico.

A postura de DOPSLAFF é criticada pelas imprecisões com que está exposta³²², mas é bastante próxima das que fazem a distinção entre erro de fato e de Direito, que já foram refutadas.

As observações de FRISCH destacam, acertadamente, a conexão dos problemas tratados com os de fundamento e essência das categorias sistemáticas, pondo em evidência os distintos aspectos fundamentais: conhecimento da ocorrência do elemento em todo o seu sentido material autêntico e não do sentido abstrato, abertura à parte especial e tradução do sentido do tipo às categorias de conhecimento e linguagem do sujeito concreto³²³. É criticado, porém, pelo exagero em negar a capacidade da teoria do erro para solucionar os problemas que surgem com relação aos elementos normativos do tipo e ao insistir na trivialidade da resolução desses problemas, desde que seja concretizada a norma corretamente, de maneira específica pelo sujeito³²⁴.

Sobre a posição de SUAY HERNÁNDEZ, que adere à tese de KAUFMANN e SCHLÜCHTER, basta lembrar o que já foi referido quanto aos posicionamentos de tais autores. No que pertine à sua original formulação a respeito do erro de subsunção, destaca-se sua intenção de proteger as garantias constitucionais dos cidadãos, mas o caminho mais adequado para isso seria a declaração de

³²⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo**, p. 421.

³²¹ Id.

³²² Ibid., p. 422.

³²³ Id.

³²⁴ Id.

inconstitucionalidade ou a utilização de determinados princípios e normas de interpretação e aplicação do Direito³²⁵.

3.1.4 Conclusão a respeito do tratamento do erro sobre os elementos normativos do tipo

As posições que sugerem a retomada da distinção entre erro de fato e erro de Direito não podem ser adotadas. Além das razões apontadas no tópico anterior, observa-se que existem fatos que só existem sob o pressuposto lógico de uma regra constitutiva, que pode ser jurídica, não sendo, certamente, esse o cerne da questão a ser resolvida. Realmente, a situação descrita pelo tipo pode ser composta por uma realidade objetiva do ser ou por uma realidade objetiva das normas, que necessitará ser representada pelo autor para que se possa afirmar que agiu com dolo.

As propostas de se diferenciar entre erro de Direito extrapenal, que pode excluir o dolo, e erro de Direito penal, que não pode excluir o dolo, também não pode ser aceita, especialmente, porque, como bem observado por ROXIN ao criticar a postura de KUHLEN, há situações em que o erro de Direito penal pode configurar erro de tipo, o que fica evidente nos delitos de infração de dever e em hipóteses de ações neutras.

Esclarecido isso, dentre as posições mencionadas, considera-se que as mais consistentes, dogmática e político-criminalmente, são as de ROXIN e CONLLEDO, por buscarem solucionar os problemas a respeito do erro com respaldo em percucientes análises dogmáticas, mas sem descuidar dos aspectos materiais, sobretudo, do princípio da culpabilidade.

No tocante às questões dogmáticas, deve-se pôr em relevo a ênfase que CONLLEDO confere à distinção entre elementos de sentido e de valor, que passa a ser uma ferramenta extremamente útil na resolução dos problemas concretos, principalmente, quando a linha divisória entre tipo e antijuridicidade se apresenta difusa, tal como acontece nos casos em que existem elementos de valoração global.

Além disso, não é desnecessário evidenciar o mérito de CONLLEDO por diferenciar valoração jurídica e valoração não jurídica, sendo que um erro sobre esta pode ocasionar um erro de tipo.

³²⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo**, p. 421-422.

Acerca das questões materiais, o acerto de CONLLEDO e ROXIN consiste na consideração de que o fator decisivo para delimitar o erro de tipo e o erro de proibição é a representação, pelo sujeito, na situação de fato, do significado do elemento típico concreto, perfilado de acordo com o injusto material.

De qualquer forma, algumas considerações a respeito de seus posicionamentos necessitarão ser feitas, sobretudo, ao se tratar especificamente do erro sobre os elementos normativos jurídico. Isso será realizado ao se tratar do erro no Direito penal socioeconômico, oportunidade em que se deixará evidente a posição adotada a respeito do erro sobre os elementos normativos do tipo, bem como as razões para tanto.

3.2 O ERRO SOBRE O COMPLEMENTO DAS LEIS PENAIS EM BRANCO

Antes de se tecer qualquer consideração acerca do erro sobre as leis penais em branco, faz-se necessário retomar algumas observações preliminares, a fim de se proporcionar um maior esclarecimento do tema.

Em primeiro lugar, deve-se compreender que uma lei penal em branco é uma lei cujo tipo é incompleto, uma vez que não basta que o agente conheça a lei penal em branco para que possa ter conhecimento de todos os elementos constitutivos do tipo penal. Sendo assim, pode-se afirmar que existe uma divisão de trabalho entre o legislador penal e uma instância jurídica de natureza não penal.

Como se percebe, o tipo penal de uma lei penal em branco não pode ser compreendido sem a chamada norma de complementação, ou seja, apenas se pode falar estritamente em tipo penal quando se integra a lei penal em branco com o seu complemento.

Outra questão que não pode passar despercebida é que a chamada norma de complementação pode ser um ato normativo advindo de uma autoridade administrativa, o que não é de somenos importância, uma vez que todo ato administrativo normativo apenas tem a função de explicitar o sentido de uma lei, não podendo inovar no ordenamento jurídico.

De fato, embora o tipo penal de uma lei penal em branco seja incompleto, deve-se entender tal completude como uma margem de discricionariedade, não de arbitrariedade, ou seja, consoante entendimento adotado pelo Tribunal constitucional

alemão, caberia ao ato administrativo apenas especificar o significado preliminar contido na lei penal em branco³²⁶.

Conforme se constata, a lei penal em branco deve conter um significado preliminar que será apenas especificado pela norma complementar, o que, por outro lado, não significa que tal especificação seja vinculante ao Poder Judiciário, visto que os tipos penais devem ser interpretados conforme os critérios restritivos do Direito penal.

Com tais considerações preliminares firmadas³²⁷, pode-se dizer que a doutrina dominante, defendida também por ROXIN, cujas linhas básicas já foram traçadas no capítulo anterior, entende que um erro sobre a existência da norma integradora é um erro de proibição, enquanto o erro sobre circunstâncias de fato da norma integradora exclui o dolo. Ele traz como exemplo o sujeito que caça durante o período em que ela é proibida. Se caça durante todo o ano, porque desconhece a proibição de caçar durante tal período, encontra-se em erro de proibição. Já, se caça porque se equivoca sobre a data ou sobre os limites temporais do período de proibição, encontra-se em erro de tipo. Adverte, porém, que quando a norma em branco se integra mediante uma disposição individual concreta, o desconhecimento desta é sempre um erro de tipo, porque falta uma proibição com validade ou vigência geral. Assim, só responde penalmente pelo crime de descumprimento de ordem militar quem tenha conhecido a ordem³²⁸.

Não há grande discussão, realmente, no sentido de que um erro sobre um elemento da norma de complementação é sempre erro de tipo, uma vez que tal norma tem a função de complementar os elementos constitutivos do tipo, a fim de que possa existir não mais como lei penal em branco, mas como um autêntico tipo penal³²⁹.

Contudo, de acordo com DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, não há unanimidade no sentido de que o erro sobre a existência de uma lei penal em branco deve ser considerado sempre como erro proibição, conforme defendido por ROXIN:

³²⁶ Por todos, vide GARCÍA CAVERO, ob. cit., p. 148.

³²⁷ Não se deve pensar que a discussão sobre a constitucionalidade das leis penais em branco esteja encerrada, nem que a mera vigência de uma lei penal em branco seja suficiente para sua constitucionalidade, pois o ônus que todo o magistrado tem de interpretar as leis penais conforme a constituição permanece, embora nem sempre seja cumprido.

³²⁸ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 466.

³²⁹ Entendimento diverso possuem BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **O regime legal do erro e as normas penais em branco**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 53 e ss.

A discusión fundamental se centra en si el dolo ha de abarcar la existencia de la norma de remisión (la norma a que remite el tipo penal) o no, y, por tanto, si un error sobre la existencia de esa norma es o no un error de tipo. Las posturas son básicamente tres³³⁰.

A primeira das três posições referidas pelo autor é, justamente, a defendida por ROXIN e, ainda, por WELZEL, JESCHECK e MIR PUIG³³¹.

Já, para uma segunda postura, minoritária (embora crescente), o dolo não deve abranger apenas os elementos da descrição típica contida na norma de complementação, mas a própria existência desta, com o que, obviamente, o erro sobre sua existência constitui um erro de tipo. São adeptos dessa teoria SCHRÖDER, LANGE, MUÑOZ CONDE e PUPPE³³².

Vale destacar alguns aspectos da teorização de PUPPE, apenas para deixar mais claros os fundamentos que a embasam. A autora parte da constatação de que existem determinados tipos penais que por si próprios não concretizam de forma precisa uma norma de determinação com sentido pleno. Nesses casos e, excepcionalmente, as normas que completam os tipos penais, apesar de não provirem do legislador penal, devem ser captadas pelo dolo do sujeito, podendo afirmar-se que tais casos são exceção à regra geral de que tem de ser o legislador penal que determine o objeto do dolo. Para PUPPE, o dolo deve projetar-se não só sobre o conhecimento do tipo objetivo da lei penal em branco e da norma que completa aquela, mas também deve abarcar a própria vigência da norma complementar³³³.

Por fim, há a chamada teoria diferenciadora, que sustenta que o conhecimento da existência da norma de complementação apenas será condição para configuração do dolo quando da regulação positiva se depreenda que a própria existência da norma seja um elemento do tipo³³⁴. São defensores desse posicionamento ZELISNKI, JAKOBS, SCHROEDER e RUDOLPHI³³⁵.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, adepto desse terceiro posicionamento, esclarece que a questão de o dolo ter de abarcar ou não o conhecimento da

³³⁰ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 428.

³³¹ Todos citados por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 428.

³³² Todos citados por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 429.

³³³ PUPPE, **El error en el derecho penal**, 136-137.

³³⁴ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre elementos normativos del tipo penal**, p. 432.

³³⁵ Todos citados por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 429.

existência da norma de complementação é algo que depende do sentido do tipo de que se trate. É possível, segundo ele, que o legislador penal, em alguns casos, utilize a técnica da lei em branco por uma mera razão de economia legislativa, em cujo caso o sentido do tipo não se vê afetado pela utilização da técnica em questão. Em outras ocasiões, no entanto, a lei penal pode utilizar-se da técnica justamente para incorporar no tipo a própria existência de normas de outras ordens reguladoras de determinados setores de atividade. Somente neste último caso é que o dolo deveria abarcar o conhecimento da existência da norma, pois a própria existência da norma complementar é elementar do tipo.³³⁶

3.3 O ERRO SOBRE OS ELEMENTOS DE VALORAÇÃO GLOBAL DO FATO

Há controvérsia na doutrina a respeito de se um erro incidente sobre um elemento de valoração global do fato constitui erro de tipo ou erro de proibição. Antes de se adentrar nessa discussão propriamente dita, lembre-se do que já foi registrado no primeiro capítulo, no sentido de que, embora tais elementos sejam normativos, apresentam a peculiaridade de ter sua significação constituída pelo juízo de antijuridicidade. Isso significa que seu aspecto normativo é formado pelo juízo de antijuridicidade, ao contrário de outros elementos normativos em que a normatividade não implica antijuridicidade, podendo resultar de uma definição legal ou mesmo de uma valoração cultural que não esgota o juízo de antijuridicidade. Como cediço, antijuridicidade significa contrariedade ao ordenamento jurídico, o que é apenas uma das formas de normatividade, uma vez que um termo pode ter uma significação antinormativa distinta da antinormatividade jurídica³³⁷. Com isso em vista, percebe-se que os elementos de valoração global do fato são aqueles que possuem uma dimensão antinormativa jurídica, o que dificulta a distinção entre erro de tipo e erro de proibição³³⁸.

Além disso, convém retomar a idéia de que a doutrina diferencia elementos de valoração global do fato divisíveis e indivisíveis. Nestes últimos, não seria possível fazer a distinção entre substrato fático e valoração do substrato, ou seja,

³³⁶ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 430.

³³⁷ Por exemplo, o conceito de má-fé pode ter significação distinta conforme se esteja no campo da moral ou do Direito. Normalmente a normatividade moral é mais ampla que a jurídica, o que significa que um termo pode ser antinormativo do ponto de vista moral sem que seja do ponto de vista jurídico.

³³⁸ Com efeito, pois quando a antinormatividade é apenas cultural, não há como misturar esta antinormatividade com a jurídica pela simples razão de que são coisas distintas.

não seria possível distinguir tipicidade e antijuridicidade. Como visto no primeiro capítulo, o critério utilizado por ROXIN para identificar se um elemento de valoração global do fato seria ou não indivisível, dependeria da possibilidade de o agente conhecer o significado social de sua conduta sem o conhecimento da valoração jurídica.

Costuma-se apontar que o primeiro autor que superou a tese simplista, antigamente defendida, de que todo erro sobre elementos normativos constituiria erro de proibição foi WELZEL, em diversos trabalhos publicados na década de 1950. O seu trabalho mais significativo sobre o assunto trata especificamente do erro na esfera do Direito penal tributário³³⁹. Segundo ele, o erro sobre os elementos normativos do delito de sonegação tributária exclui, necessariamente, o dolo, toda vez que o objeto material desse delito seja a pretensão tributária estatal. O erro sobre o dever jurídico tributário teria que ser tratado sempre como erro sobre o tipo (trata-se de um verdadeiro elemento de valoração global do fato)³⁴⁰.

Em crítica a esse posicionamento, um setor da doutrina, representado especialmente por MAIWALD³⁴¹, entende que os erros sobre esses elementos constituem erro de proibição. De acordo com ele, a idéia de que a conceituação de uma determinada característica legal como autêntico elemento do tipo não é suficiente para conduzir forçosamente à conclusão de que o dolo tenha que abarcar o conhecimento dela, e que, conseqüentemente, apenas razões materiais podem ser invocadas para justificar a classe de erro que tem de existir quando se desconhece o dever tributário.

Em alguns casos, o conhecimento de tais níveis é suscetível de decomposição em dois outros diferentes não identificáveis (consciência do significado social e consciência da antijuridicidade), sendo que essa decomposição nos delitos de sonegação fiscal não seria factível. Quem sabe que está obrigado ao pagamento de um tributo e, mesmo assim, sonega, tem necessariamente ao mesmo tempo consciência da antijuridicidade, sem que seja imaginável que o sujeito atue dolosamente, mas sem consciência da antijuridicidade. Inversamente, se o autor não

³³⁹ WELZEL, H. *Irrtumsfragens im Steuerstrafrecht*. NJW, 1953. p. 458 *et seq.* Citado por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, p. 406.

³⁴⁰ *Id.*

³⁴¹ MAIWALD, Manfred. *Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario*. Tradução de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. p. 52

tem consciência de que está sujeito a uma obrigação tributária, então erra sobre a proibição globalmente considerada.

Acrescenta a isso, ainda, argumentos de caráter político-criminal, ao registrar que se estaria privilegiando injustificadamente o cidadão que não se preocupa em cumprir com seus deveres tributários.

Por sua vez, a tese de MAIWALD foi contestada por um importante setor da doutrina, valendo destacar, especialmente, MUÑOZ CONDE³⁴². Conforme ele, MAIWALD baseia-se na primitiva concepção de ROXIN sobre as características do dever jurídico, posteriormente denominados de elementos de valoração global do fato, distinguindo o erro sobre os pressupostos fáticos fundamentadores da valoração da conduta (o que constituiria erro sobre o tipo) e erro sobre a sua valoração global (o que suporia um erro sobre a proibição). A pretensão tributária no delito de sonegação fiscal deveria ser qualificada como uma de tais características, de modo que um erro sobre o dever tributário, concebido como um momento de valoração global do fato, caracterizaria sempre um erro de proibição.

Todavia, essa posição não pode ser assumida em delitos socioeconômicos, como o de sonegação fiscal. Nesses casos, a valoração jurídica tem que ser efetuada conjuntamente para compreender o sentido social do comportamento, não sendo passíveis de decomposição. Assim, quem deixa de pagar um imposto porque desconhece a obrigação jurídica de satisfazê-lo, não só erra sobre o significado jurídico do fato, mas também deixa de poder valorar o significado social de sua conduta. A comprovação da existência de uma obrigação tributária não se identifica com a valoração global do fato de sonegar os impostos devidos, uma vez que aquela comprovação é precisamente o pressuposto necessário desta valoração.

Sob uma abordagem de política criminal, assevera que por mais urgente que se considere a necessidade de identificar os cidadãos com a política social do Estado, a intervenção do Direito penal nessa matéria deve ser reservada para aqueles casos de aberta discrepância, de descumprimento intencional dos deveres tributários, deixando os casos restantes para o âmbito das sanções administrativas³⁴³.

³⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco. El error en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid, Tomo XXXIX, Fascículo II. 1986. p. 379-393.

³⁴³ *Ibid.*, p. 391.

No Brasil, CRUZ, argumentando contra o entendimento de MAIWALD, sustenta que o dever tributário exige uma precisão de conhecimento bastante distinta daqueles casos em que basta uma omissão de conduta vedada, ou seja, aqui, impor-se-ia um fazer, com data e quantia determinadas, somente acessíveis aos que de fato conhecem a legislação. Além disso, para CRUZ, o tipo em que existe esse elemento de valoração global do fato indivisível não cumpriria qualquer função de apelo, uma vez que do simples conhecimento dos fatos não surgiria qualquer pré-compreensão de um dever qualquer³⁴⁴.

O posicionamento preponderante, atualmente, na doutrina, defendido por ROXIN, sustenta que nos elementos de valoração global do fato *divisíveis*, se o erro incide unicamente sobre a antijuridicidade da ação típica, trata-se 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). De outra via, se o erro sobre a reprovabilidade afeta não a valoração global do fato, mas uma circunstância cuja ocorrência faria aparecer a atuação do sujeito como não reprovável 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 conduta³⁴⁵.

³⁴⁴ CRUZ, ob. cit., p. 296.

³⁴⁵ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 463-465.

4 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ERRO E AS ESPECIFICIDADES DO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO

No presente capítulo pretende-se demonstrar – sob um viés mais dogmático do que de política criminal - por quais motivos o tratamento do dolo e do erro no Direito penal socioeconômico não pode ser o mesmo dado no Direito penal primário. Não se trata, de forma alguma, de entrar na polêmica discussão a respeito da possível elaboração de uma dogmática específica para o Direito penal socioeconômico, diversa do Direito penal primário, defendendo sua independência, como já consignado na introdução. O que se pretende demonstrar é que o bem jurídico socioeconômico é bastante peculiar, o que gera impactos no tipo penal socioeconômico. Essas peculiaridades, por sua vez, afetam o dolo, especialmente em seu elemento intelectual, e o tratamento do erro. Isso ocorre não apenas no Direito penal socioeconômico, mas, também, no Direito penal secundário de uma forma geral e, excepcionalmente, no próprio Direito penal primário, em que se encontram tipos com as mesmas especificidades dos tipos existentes no Direito penal socioeconômico. Deve-se advertir, ainda, que nem todos os tipos existentes no Direito penal socioeconômico apresentam essas especificidades e demandam um tratamento do dolo e do erro diferenciado, embora sejam, sem dúvida, a maioria. Assim, o tratamento diferenciado do dolo e do erro que se defenderá neste capítulo não se aplica exclusiva e indistintamente ao âmbito do Direito penal socioeconômico, mas aos tipos penais que possuam as especificidades que serão apontadas na seqüência, existentes, especialmente, nesse setor do Direito penal.

Como se analisará, tudo parte da natureza do bem jurídico que se pretende proteger, que apresenta importantes peculiaridades em comparação com aqueles, geralmente, tutelados no Direito penal primário. Realmente, conforme MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ:

(...) En definitiva, a la vista de las consideraciones anteriores, se comprenderá que el estudio de la Parte general del Derecho penal socioeconómico y empresarial deba comenzar por la exposición de la teoría del bien jurídico socioeconómico, en el seno de la cual se examinarán además diversas peculiaridades que son comunes a los delitos socioeconómicos (...).³⁴⁶

³⁴⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 157.

Para tentar legitimar a tutela penal da ordem econômica, assim como de outros bens de interesse coletivo, parte da doutrina se viu obrigada a formular novas teorizações sobre a noção tradicional de bem jurídico, desenvolvida com base em pressupostos liberais, visando a tutela de bens de interesse individual. Criou-se, assim, o que se chama de bem jurídico espiritualizado ou imaterial, com o fim de se proteger os mencionados bens jurídicos de interesse coletivo. Diante disso, além de alguns outros fatores que serão analisados, apresentar-se-á uma série de peculiaridades dos bens jurídicos tutelados no Direito penal socioeconômico.

Para efetivar a proteção penal de um bem tão diferenciado, o legislador, então, foi compelido a se valer de técnicas de tipificação também diferenciadas. Diversamente do que normalmente ocorre no Direito penal primário, há a presença generalizada de elementos de valoração global do fato (especialmente os indivisíveis), elementos normativos jurídicos, leis penais em branco, limites quantitativos, cláusulas de autorização, bem como tipos de acumulação e de mera conduta. Importante referir, ainda, a abundância de normas complexas, em constante alteração e com escasso fundamento ético-social. Tem-se a tipificação, muitas vezes, de uma conduta que não é desvalorada socialmente, só passando a ser assim considerada em razão da norma imposta. Além disso, há fatos que só existem porque são criados por uma norma, não existindo independentemente dela.

Isso tudo, como não poderia deixar de ser, gera significativos impactos nos institutos penais tradicionais, pensados sob os pressupostos de tipos destinados a proteção de bens jurídicos individuais. Assim, independentemente do posicionamento que se adote quanto à possibilidade ou não da tutela penal de bens jurídicos coletivos, em que se situam os socioeconômicos, certo é que o legislador vem tipificando condutas que lhes seriam lesivas, o que causou sérios problemas no tratamento de alguns institutos, diante dos princípios gerais de imputação norteadores do Direito penal primário, especialmente no que se refere ao elemento intelectual do dolo e ao tratamento do erro. Digna de registro, sobre o assunto, é a lição de SÁNCHEZ RIOS:

Entendemos que o ponto crucial está em se descobrir a dimensão da dependência das novas espécies delitivas econômicas em relação aos princípios gerais de imputação norteadores do Direito Penal comum. Em outras palavras, deve-se indagar se estas novas figuras típicas não

demandam, talvez, a formulação de nova estrutura de imputação e exclusiva a elas.

Esta eventual demanda se justificaria exatamente pela própria complexidade do bem jurídico supraindividual de conteúdo econômico (objeto jurídico). Quanto à técnica de tipificação, percebe-se que na elaboração típica destas figuras o legislador faz uso freqüente de elementos normativos, bem como remete o próprio tipo à regulamentação jurídica extrapenal, a qual atua como sustentáculo da infração delitiva. Isto porque os eventuais novos tipos penais econômicos têm seus pressupostos embasados em ilícitos já pertencentes à esfera administrativa civil, tributária, mercantil etc., "...com relação aos quais o Direito Penal tem a teórica missão de reforçar sua tutela, sancionando como infração penal os ataques mais intoleráveis para os bens jurídicos sócio-econômicos implicados".

No campo da dogmática penal restam em aberto as questões concernentes à problemática do erro, as atinentes à co-autoria, as relativas à criminalização da pessoa jurídica – a sua desconsideração nos casos em que dificulte o ressarcimento de prejuízo causado, bem como obstaculize a identificação daqueles que possuem o domínio do fato – e da característica posição de garantidor do empresário diante do crimes comissivos por omissão.³⁴⁷

Nesse contexto, no que mais interessa ao tratamento do dolo e do erro, a principal constatação que se pretende alcançar, como já referido, é no sentido de que somente com o conhecimento da norma em si mesma considerada (e não dos fatos) é que o sujeito poderá optar por se comportar ou não conforme o Direito, uma vez que sua ação não possui uma lesividade em si, que poderia ser naturalmente apreendida mediante análise dos fatos, como ocorre nos delitos tradicionais, bem como a situação fática é estritamente vinculada à situação de Direito, sendo muito difícil separá-las.

Feitas essas considerações, serão abordadas algumas discussões atuais sobre o dolo e, especialmente, as discussões a respeito de seu elemento intelectual em tipos como os existentes no Direito penal socioeconômico.

Na seqüência, relatar-se-ão as propostas que vêm sendo formuladas pela doutrina para o tratamento do erro no Direito penal socioeconômico, passando por alterações de *lege lata* e de *lege ferenda*, todas com o intuito de dar um tratamento dogmaticamente mais correto e, também, mais justo a esse instituto. Comentar-se-á, brevemente, ainda, como a doutrina brasileira vem tratando esse árduo assunto.

Por fim, analisar-se-ão quais as melhores alternativas para o tratamento do erro na grande maioria dos tipos do Direito penal socioeconômico, com especial

³⁴⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e sua delimitação. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 775, p. 433-448, 2000. p. 447.

análise do tratamento do erro sobre os elementos normativos, sobre o complemento das leis penais em branco e sobre os elementos de valoração global do fato.

4.1 PECULIARIDADES DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO

Para melhor se contextualizar a questão, inicialmente, serão analisadas, de maneira sintética, as teorizações antecessoras à noção de bem jurídico. Na seqüência, abordar-se-á a concepção de bem jurídico, desenvolvida com base em pressupostos liberais de caráter individualista, para, posteriormente, alcançar-se as teorizações do bem jurídico coletivo. Por fim, destacar-se-ão as peculiaridades dos bens jurídicos protegidos no Direito penal socioeconômico.

4.1.1 Breve síntese das teorizações antecessoras à noção de bem jurídico

A questão do bem jurídico está relacionada diretamente ao conceito material de crime, que tem sido objeto de extensa discussão doutrinária há muitos anos. Por tal definição material almeja-se identificar qual a fonte de que advém a legitimidade para considerar certos comportamentos humanos como crimes e aplicar aos infratores sanções de caráter particular, bem como se pretende buscar a função e os limites do Direito penal³⁴⁸.

Durante o período do positivismo legalista³⁴⁹, considerava-se materialmente como crime tudo aquilo que a lei estabelecesse como tal. Todavia, essa noção, como facilmente se percebe, é inaceitável e inútil ao tentar se buscar um conceito dessa natureza. Consoante ROXIN, há muitas razões para entender que o legislador atual, ainda que goze de legitimidade democrática, não pode incriminar alguma conduta apenas porque não goste dela, devendo a penalização possuir uma legitimação distinta da que lhe outorga a sua mera vontade.³⁵⁰

³⁴⁸ Cf. DIAS, **Direito Penal**, p. 106-107.

³⁴⁹ Segundo LYRA FILHO, o positivismo legalista volta-se para a Lei e, mesmo quando incorpora outro tipo de norma – como, por exemplo, o costume –, dá à Lei total superioridade, tudo ficando subordinado ao que ela determina e jamais sendo permitido – de novo, a título de exemplo – invocar um costume contra a lei. LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999. p. 36.

³⁵⁰ ROXIN, Claus. És la protecció de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: Hefendehl, Roland. **La teoría del bien jurídico**: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2007. p. 443-444.

Um esforço sério e continuado de ultrapassar as deficiências notórias do positivismo legalista foi a tentativa de se encontrar uma resposta sociológica, conforme registra DIAS³⁵¹. Inicialmente, GAROFALO defendia que crime eram as ações violadoras de sentimentos altruístas³⁵². No mesmo sentido, DURKHEIM propugnava que a característica natural de todos os crimes seria a de constituírem atos universalmente reprovados pelos membros de cada sociedade³⁵³. Por seu turno, V. LISZT considerava materialmente como crime a agressão, tida na perspectiva do legislador como especialmente danosa para uma dada ordenação social, a interesses juridicamente protegidos, pelo lado da periculosidade social revelada em tal agressão por uma personalidade responsável³⁵⁴.

Como lembra DIAS, a tentativa de encontrar um conceito de natureza sociológica passou a constituir uma idéia básica adquirida na dogmática do Direito penal, a ponto de, ainda hoje, sobretudo a doutrina italiana, tomar como fundamental a idéia de *ofensividade*. Registra, também, que o pensamento penal anglo-americano trilha no mesmo sentido, vendo no crime em sentido material a expressão de um *princípio do dano*³⁵⁵. Segundo ele, essa orientação teve o mérito – descontada a tradição jusnaturalista que atravessou a antigüidade clássica, a escolástica medieval e o pensamento moderno – de estabelecer, de forma concertada e sistemática, um *conceito pré-legal de crime*. Porém, afirma que críticas admissíveis referem-se a suas imprecisões, não sendo possível garantir um mínimo de segurança quanto à delimitação do que consistiria a ofensividade ou a danosidade social, bem como a demasiada extensão, não sendo limite apropriado à criminalização³⁵⁶.

Na seqüência, com a passagem do Estado de Direito formal ao Estado de Direito material³⁵⁷, surgiu a noção de que crime seria uma *violação de deveres ético-*

³⁵¹ DIAS, **Direito Penal**, p. 108 e ss.

³⁵² Vide GAROFALO, Rafael. **Criminologia**. Trad. Júlio Matos. São Paulo: Teixeira e Irmãos, 1983.

³⁵³ Vide DURKHEIM, Emile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

³⁵⁴ Vide LISTZ, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**: Tomo II. 4ª ed. Madrid: Editorial Réus, 1999. p. 336-340.

³⁵⁵ Sobre o pensamento penal anglo-americano vide MILL, John Stuart. **On liberty**. 2. ed. Boston: Ticknor and Fields, 1863. Versão digitalizada disponível em http://books.google.com.br/books?id=9xARAAAAYAAJ&dq=stuart+mill+on+liberty&pg=PP1&ots=UVf wFuq83a&source=bn&sig=DGX5sQ8RrixHbxXuz50HkgQyfro&hl=pt-BR&sa=X&oi=book_result&resnum=4&ct=result#PPA1,M1. Acesso em 27/11/2008.

³⁵⁶ DIAS, **Direito Penal**, p. 109.

³⁵⁷ O Estado formal de Direito se refere à realização de ações estatais reduzidas à Lei ou à Constituição, estabelecendo, para isso, princípios e mecanismos (princípio da reserva legal, da legalidade, dentre outros), cuja origem se encontra na estruturação dos postulados liberais da técnica

sociais elementares ou fundamentais. Consoante WELZEL, a tarefa central do Direito penal residiria em assegurar a validade dos valores ético-sociais positivos de ação³⁵⁸. Por seu turno, JESCHECK/WEIGEND registravam que ao Direito penal caberia tutelar os valores fundamentais da ordem social, consubstanciados em normas ético-sociais³⁵⁹. Conforme DIAS, essa concepção corresponde a uma atitude enraizada no espírito da generalidade das pessoas, para quem o Direito penal constituiria a tradução, no mundo terreno, das noções de pecado e de castigo ou de imoralidade e de censura da consciência. No entanto, segundo ele, não é função do Direito penal tutelar a virtude ou a moral, sendo essa concepção inadequada à estrutura e às exigências das sociedades democráticas e pluralistas dos dias atuais³⁶⁰.

4.1.2 O Direito penal com função de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal

Toda essa controvérsia levou à formulação da idéia de que a função do Direito penal, ligada ao conceito material de crime, seria a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal. Buscou-se, então, não mais na sociologia, mas no próprio sistema jurídico, uma definição material.

O problema que essa concepção trouxe consigo foi a delimitação do que se entende por bem jurídico. BIRNBAUM, o primeiro a se valer do termo, defendia que o bem jurídico possuía um conteúdo individualista, identificado com os interesses primordiais do indivíduo, especialmente a sua vida, o seu corpo, a sua liberdade e o seu patrimônio³⁶¹. Na seqüência, FEURBACH identificou a noção de bem jurídico com os direitos subjetivos fundamentais da pessoa individual³⁶².

jurídica. Já o Estado material de Direito não gira somente em torno da legalidade, mas postula que se deve sustentar a legitimidade, numa idéia de Direito que exprima valores jurídico-políticos vigentes em determinada época, que precisam ser atualizados por meio de seus componentes formais. GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p. 54.

³⁵⁸ Para uma exposição mais detalhada do significado do conceito de bem jurídico em WELZEL, vide WELZEL, Hans. **Estudios de Derecho Penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2003. p. 48 – 70.

³⁵⁹ JESCHECK/WEIGEND, **Tratado de Derecho Penal**, p. 9.

³⁶⁰ DIAS, **Direito Penal**, p. 112.

³⁶¹ BIRNBAUM, Über das. Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens. **Archiv des Criminalrechts**, 1834, p. 149 e ss. Citado por DIAS, **Direito Penal**, p. 115.

³⁶² Nas palavras de FEURBACH: “El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un crimen. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del outro,

Uma importante virada nesse posicionamento ocorreu sob influência dos estudos da chamada Escola de Baden³⁶³, passando alguns autores a afirmar que os bens jurídicos seriam meras fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime, capazes de resumir compreensivamente o seu conteúdo e de exprimir o sentido e o fim dos preceitos penais singulares. Contudo, de acordo com DIAS, essa compreensão significaria um esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal que nada adianta face à fórmula conhecida da interpretação teleológica da norma³⁶⁴.

Em proposição que foi igualmente sujeita a acentuadas críticas, tentou-se delimitar a noção de bem jurídico com base numa teoria da sociedade, identificando-a com a idéia de dano social ou de disfuncionalidade sistêmica de comportamentos a que deveria obstar-se pela utilização das sanções criminais³⁶⁵. Dentre as diversas censuras efetuadas, menciona-se a de DIAS, no sentido de sua apontada insuficiência para os efeitos práticos da aplicação do Direito³⁶⁶.

De outra via, consolidou-se o entendimento, entre destacados doutrinadores, de que os bens jurídicos dignos de tutela penal se concretizam por meio da *ordenação axiológica jurídico-constitucional*, vale dizer, somente os bens jurídicos de nível jurídico-constitucional podem ser legalmente protegidos pelo Direito penal. Sob essa perspectiva, usualmente, define-se bem jurídico como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso³⁶⁷. Nesse sentido, é clara a lição de ROXIN:

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad

conminada en una ley penal.” FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de Derecho Penal**. Traducción de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007. p. 55.

³⁶³ A escola de Baden, também conhecida como escola sudocidental alemã, foi uma escola filosófica neokantiana, cujos principais representantes foram Windelband, Rickert e Lask. Para eles, a realidade construída pelo espírito possuiria dois aspectos: natureza e cultura. Está última não seria uma realidade “a se”, mas um aspecto da mesma realidade, de que a natureza dá outro. Trata-se da realidade encarada no aspecto de sua referência a valores. MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 329.

³⁶⁴ DIAS, **Direito Penal**, p. 116.

³⁶⁵ Nesse sentido vide JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**: parte general. Madrid: Marcial Pons, 1995.

³⁶⁶ DIAS, **Direito Penal**, p. 119.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 114.

del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.³⁶⁸

Em trecho específico sobre o tema, ROXIN traz esclarecimentos adicionais:

(...) en un Estado democrático de Derecho, que es el modelo de Estado que tomo por base, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos. Así pues, y en la medida en que esto no pueda conseguirse de forma más grata, el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc.), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (una Administración de justicia que funcione, unos sistemas fiscales y monetarios intactos, una Administración sin corrupción, etc.). Llamo "bienes jurídicos" a todos los objetos que son legítimamente protegibles por las normas bajo estas condiciones.(...). Con apoyo en estas reflexiones se pueden definir los *bienes jurídicos* como *realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin.*³⁶⁹

É preciso deixar claro, como faz DIAS, que só pode haver criminalização se esta for indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade, visto que o Direito penal deve constituir a *ultima ratio* da política social, sendo sua intervenção de natureza subsidiária³⁷⁰.

Nesse caminho, imprescindível destacar algumas das conseqüências que ROXIN extrai de sua concepção constitucional do bem jurídico, quais sejam: a) as cominações penais arbitrárias não protegem bens jurídicos; b) as finalidades puramente ideológicas não protegem bens jurídicos; c) as meras imoralidades não lesionam bens jurídicos; d) a simples delimitação da finalidade da lei não constitui bem jurídico; e) a lesão à própria dignidade não supõe a lesão de um bem jurídico; f) a proteção de certos sentimentos só pode considerar-se proteção de bens jurídicos quando se trate de sentimentos de segurança; g) nem a autolesão nem sua possibilitação ou favorecimento podem legitimar a ameaça de pena; h) as leis penais simbólicas não servem à proteção de bens jurídicos; h) os tabus não são bens

³⁶⁸ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 55-56.

³⁶⁹ ROXIN, **La teoría del bien jurídico**, p. 447.

³⁷⁰ DIAS, **Direito Penal**, p. 128.

jurídicos; e, i) objetos de abstração inapreensível também não devem ser reconhecidos como bens jurídicos³⁷¹.

4.1.3 Da proteção de bens jurídicos individuais à proteção de bens jurídicos coletivos e os bens jurídicos sociais gerais e os bens jurídicos setoriais difusos

Para se aproximar ainda mais da problemática atinente às especificidades dos bens jurídicos tutelados pelo Direito penal socioeconômico, faz-se imprescindível analisar algumas questões referentes à formulação do conceito de bens jurídicos coletivos³⁷² que, conforme alguns defendem, também seriam dignos de tutela penal. O que se pretende neste tópico, para não se extrapolar os limites da investigação, é apresentar brevemente o tema. Essa opção decorre, também, da enorme complexidade do assunto, que envolve a suposta crise da noção de bem jurídico, sendo certamente o tema de maior importância na atualidade, pois está ligado ao futuro do Direito penal e à sua própria razão de ser.³⁷³

A noção de bem jurídico adveio do pensamento filosófico ocidental a partir do século XVII, pelo que se embasou no *Iluminismo Penal*. Suas raízes exprimem-se no racionalismo cartesiano, na doutrina jurídico-política do individualismo liberal e na mundividência antropocêntrica e humanista que comandou o movimento a favor dos

³⁷¹ Nesse sentido vide: ROXIN, **Derecho Penal**, p. 56–57. ROXIN, **La teoría del bien jurídico**, p. 449-452.

³⁷² A opção entre os termos bens jurídicos “coletivos”, “supra-individuais”, “universais” ou “difusos” não possui uma maior transcendência, sendo o mais importante sua definição. Apesar disso, entende-se que o termo bens jurídicos “coletivos” seria o mais adequado, em razão, sobretudo, do desacerto dos demais. Como explica SOTO NAVARRO: “Así ocurre con la expresión “universales”, que por el significado de intemporalidad y de inmutabilidad no es conciliable con el carácter novedoso, exento de tradición histórica, de buena parte de estos bienes jurídicos, surgidos al compás de las exigencias sociales que debe satisfacer el actual modelo de Estado. En cuanto al término ‘supraindividuales’, puede entenderse con el significado de ‘por encima’ del individuo, aserción nada deseable en nuestro contexto. Por último, con respecto la expresión ‘difuso’ hay que advertir de antemano que es una traducción incorrecta al español, aunque asumida por buena parte de la doctrina, del término que acuñara SGUBBI en um artículo ya clásico. Em puridad, debería traducirse como “difundidos”, con lo que el término gana ciertamente en precisión, refiriéndose a intereses ‘presentes de modo informal y propagados a nivel de masa en ciertos sectores de la sociedad’”. SOTO NAVARRO, Susana. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna**. Granada: Comares, 2003. p. 193-194.

³⁷³ Abordagens aprofundadas sobre o tema, encontra-se em: SOTO NAVARRO, ob. cit.; GUIRAO, Alcácer. **Lesión de bien jurídico o lesión de deber?**: Apuntes sobre el concepto material de delito. Barcelona: Atelier, 2003; PEDRAZZI, Cesare. El bien jurídico en los delitos económicos. Tradução A. A. Richart Rodríguez. In: BARBERO SANTOS, M (org.). **Los delitos sócio-económicos**. Madrid: Universidad de Madrid, 1985.

Direitos humanos, conforme DIAS³⁷⁴. SOTO NAVARRO explica que, se partir-se da idéia de que o processo de aquisição de conteúdo material pelo bem jurídico é paralelo à dinâmica histórica de transformação do Estado, não é de se estranhar que seja na época do Iluminismo que surge a primeira elaboração de uma teoria do bem jurídico com o fim de buscar um fundamento ao poder punitivo. A passagem do Estado absolutista ao Estado liberal se reflete numa nova orientação do Direito penal, que não se concebe mais como instrumento de preservação do poder político, mas de proteção dos interesses fundamentais para a vida social em comum. O bem jurídico erige-se, assim, em garantia para o indivíduo frente ao Estado³⁷⁵.

Consoante a mesma autora, a dinâmica histórico-política tem sua conclusão contemporânea na formulação do conceito de Estado social e democrático de Direito. Com ele se supera a limitada atividade intervencionista do Estado de Direito liberal, concebido como mero vigilante da ordem social num contexto de garantias formais. O novo modelo de Estado tem que assumir uma tarefa assistencial e promotora do desenvolvimento social em condições de igualdade e solidariedade, intervindo nos desequilíbrios que gera o sistema econômico. Esta alteração de função do Estado foi consolidada nos textos constitucionais mediante o reconhecimento de novos direitos de conteúdo social, que não se concebem já, em sentido negativo, como direitos de defesa, que garantissem aos cidadãos uma esfera livre de ingerência estatal, mas, ao contrário, positivamente, isto é, como direitos a uma atuação do Estado que favoreça certos pressupostos materiais para o livre desenvolvimento do indivíduo^{376 377}.

Paralelamente a isso, tem se defendido que a atual realidade apresenta um grau de complexidade tão alto, cuja análise não poderia ser feita pelos tradicionais instrumentos cognoscitivos ancorados no paradigma da racionalidade moderna. Sendo assim, o primeiro passo para se explicar os complexos fenômenos advindos do desenvolvimento tecnológico, da intensificação das relações comerciais e da

³⁷⁴ DIAS, **Direito Penal**, p. 134.

³⁷⁵ SOTO NAVARRO, ob. cit., p. 170.

³⁷⁶ Ibid., p. 170-171.

³⁷⁷ Nesse sentido, vide, ainda, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madri, Tomo XLIII, Fascículo I, p. 5-28, 1990. p. 16. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. In **Control social y sistema penal**. Barcelona: PPU, 1987. p. 183-202. p. 196. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supra individuales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 24.

complexidade da economia e do sistema financeiro dar-se-ia por meio da própria mudança de racionalidade.

A principal teorização sobre o tema é de BECK³⁷⁸, que fala em *sociedade do risco*, ligada às problemáticas da pós-modernidade e da globalização. Segundo ele, existiria uma transformação radical, com o fim da sociedade industrial. Nesta, os riscos para a existência individual e comunitária provinham de acontecimentos naturais ou de ações definidas, sendo suficiente para sua contenção a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, e o patrimônio, no panorama do Direito penal liberal. Porém, essa sociedade seria substituída por outra, acentuadamente tecnológica, massificada e global, em que a ação humana seria suscetível de produzir riscos globais, podendo ter como consequência a extinção da vida.

Dessa forma, uma vez que o incremento da tecnologia teria ocasionado uma ampliação das interações comportamentais e do poder de intervenção do homem no meio ambiente e, inclusive, em sua própria natureza, surgiria a inelutável necessidade de uma forma de racionalidade que seja capaz de oferecer soluções, sobretudo, de caráter preventivo, que impeçam o acontecimento de danos de grandes proporções à sociedade. Nesse contexto é que ganham maior relevância as teorizações sobre os bens jurídicos coletivos, figura, no entanto, não desconhecida anteriormente do Direito penal.

Nesse contexto, sobreleva-se a seguinte indagação: o Direito penal, baseado na noção de bem jurídico de cunho liberal, pode ser um meio eficaz de prevenção contra o desencadear de resultados catastróficos gerados pela sociedade de risco?

Muitas têm sido as tentativas para responder a tal questão. Conforme DIAS há, em apertadíssima síntese, as seguintes posições: a) *concepção atropocêntrica do bem jurídico-penal* (defendida pela chamada *Escola de Frankfurt*), segundo a qual o Direito penal deveria ser reservado a seu âmbito clássico de tutela, ou seja, os direitos fundamentais *individuais*, enquanto que os novos riscos deveriam ser tutelados por outros âmbitos do Direito; b) noutro extremo se encontram os defensores de um *Direito penal do risco*, que defendem a inteira funcionalização do Direito penal às exigências dessa nova sociedade, com o que se teria uma transferência de produção legislativa ao Executivo, uma antecipação decidida da

³⁷⁸ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1994.

tutela penal e o abandono de princípios básicos da dogmática tradicional; c) em posição intermédia, vêm sendo formuladas diversas *propostas dualistas*, as quais defendem que deve manter-se a existência de um cerne do Direito penal clássico, mas ao lado de uma periferia jurídico-penal, especificamente dirigida à proteção dos novos riscos, com flexibilização controlada dos princípios tradicionais, assentes na proteção antecipada de interesses coletivos³⁷⁹.

Nesse panorama é que surgem com mais força e importância as teorizações sobre os bens jurídicos coletivos, que estão no cerne da delimitação entre Direito penal primário e secundário. Enquanto o Direito penal primário se relaciona, direta ou indiretamente, com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos, liberdades e garantias das pessoas*, o Direito penal secundário se vincula essencialmente à ordenação jurídico-constitucional afeta aos *direitos sociais e à organização econômica*. Num âmbito visa-se tutelar a esfera de atuação especificamente *peçoal*, enquanto noutra almeja-se proteger a esfera de atuação *social* do homem³⁸⁰.

Com a noção de bens jurídicos coletivos pretende-se manter nessa nova sociedade o modelo de bem jurídico, considerando-se que, paralelamente aos bens individuais de cunho liberal, existem os sociais, supra-individuais ou coletivos, cuja criminalização para sua tutela é legítima, seja de maneira mediata ou imediata, conforme se analisará adiante. A sua verdadeira característica, conforme aponta DIAS, reside em que ele deve poder ser usufruído por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído dessa utilização, sendo que nessa possibilidade reside o interesse individual legítimo na integridade do bem jurídico coletivo³⁸¹. No mesmo sentido, SOTO NAVARRO, com base também em HEFENDEHL, destaca que constitui um autêntico critério diferenciador a indivisibilidade, que só possuem os bens jurídicos coletivos, que são assim considerados quando seja conceitual, fática ou juridicamente impossível dividir tal bem em partes e atribuir-las de forma individual em tantas porções³⁸².

Não existiria, assim, qualquer relativização da idéia de bem jurídico, pois, apesar de serem coletivos, teriam a mesma natureza e características. Os

³⁷⁹ DIAS, **Direito Penal**, p. 137 e ss.

³⁸⁰ Cf. DIAS, **Direito Penal**, p. 121.

³⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, Volume comemorativo de 75 anos, p. 1.123-1.138, 2003. p. 1131-1132.

³⁸² SOTO NAVARRO, ob. cit., p. 228.

defensores desse posicionamento salientam que se faz imprescindível manter os principais caracteres delimitadores dos bens jurídicos tradicionais, permanecendo fiéis ao paradigma jurídico-penal iluminista:

Neste sentido acabo por me aproximar, de certo modo, da ideia segundo a qual a tutela jurídico-penal das gerações futuras passa pela assunção de um direito penal do comportamento em que são penalizadas e punidas puras *relações de vida como tais*. Dizendo-o, porém, não desejo – como espero ter podido deixar claro – apresentar esta concepção como uma alternativa ao direito penal do bem jurídico. Bem ao contrário, quero significar que a punição imediata de certa espécie de comportamentos como tais é feita em nome da tutela de bens jurídicos colectivos e só nesta medida de encontra legitimada. Deste modo julgando manter-me ainda fiel ao paradigma jurídico-penal iluminista que nos acompanha e que confio que possa continuar a ser fonte de desenvolvimento e de progresso mesmo no seio da “sociedade do risco”; e que possa por isso continuar a assumir o seu papel na insubstituível (se bem que parcial) função tutelar também dos interesses das gerações futuras.³⁸³

Importante destacar, ainda, que autores que buscam na própria *ordenação axiológica jurídico-constitucional* do bem jurídico a necessidade de proteção de bens jurídicos coletivos, desde que observados os mesmos critérios dos bens jurídicos individuais, como faz ROXIN:

Con apoyo en estas reflexiones se pueden definir los *bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin*. (...).

Tal concepto de bien jurídico no puede limitarse a bienes jurídicos individuales, sino que incluye bienes jurídicos de la comunidad. Éstos, sin embargo, sólo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual. Éste es con seguridad el caso de los tradicionales bienes jurídicos universales, que son comúnmente aceptados. Incluso la obligación de pagar impuestos, a menudo aborrecida por los ciudadanos, no tiene como objetivo el enriquecimiento del Estado, sino la utilidade del individuo, a la que se refieren las prestaciones estatales sufragadas con los impuestos. El concepto personal de bien jurídico que se há descrito es la adecuada forma de expresión del Estado liberal del Derecho del que parte mi argumentación.³⁸⁴

No mesmo sentido é o posicionamento de SÁNCHEZ RIOS:

Resta evidente que nos alinhamos com a orientação favorável à extensão dos limites de atuação do Direito penal, indo além da tutela dos bens individuais. O Direito penal não tem apenas um caráter limitativo, no sentido de negativo e proibido, mas também um caráter prospectivo, no sentido de

³⁸³ DIAS, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, p. 1138.

³⁸⁴ ROXIN, *La teoría del bien jurídico*, p. 448.

concretizar ou efetivar os valores ou as normas da Constituição, servindo de instrumento para a sua realização efetiva.

Ao se espriar pelas mais diversas áreas e interesses novos que surgem na sociedade (como por exemplo aqueles atinentes á ordem econômica), o Direito penal, cumpre uma função de efetivação de todos os valores da CF/88 e imprime as condições de possibilidade de que o sistema repressivo seja igual para todos (atingindo o ideal do princípio isonômico do art. 5º “caput”). (...).

Entretanto, vale insistir que esta função de efetivação dos valores impregnados na CF de 88, e do ideal de justiça a ser cumprido pelo Direito Penal num Estado de direito democrático e social, deve ser alcançada dentro – e no fiel respeito – dos princípios penais de garantia. Isso inclui a observância do princípio da intervenção mínima. Se estamos convencidos de que a finalidade do sistema Penal é tutelar bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à coletividade, a intervenção deste na ordem econômica é legítima e necessária dentro dos limites válidos para o Direito Penal clássico.³⁸⁵

As reações frente à proteção penal destes bens incidem tanto no aspecto de sua legitimidade como de sua eficácia. Tentando sistematizar os diversos argumentos apresentados, apela-se, fundamentalmente, a três princípios nucleares de Direito penal contra os que atentariam as novas incriminações: o princípio de intervenção mínima, o princípio de segurança jurídica e o princípio de lesividade. Em todas as críticas está presente, em maior ou menor medida, o risco de perda do conceito material de bem jurídico alcançado e, em conexão, a assunção pelo Direito penal duma função simbólica ilegítima³⁸⁶.

As críticas mais contundentes se dirigem contra a modalidade de delitos de perigo abstrato, consistente na incriminação de meras infrações administrativas que, por si só, não implicam necessariamente um perigo para o bem jurídico protegido³⁸⁷. DIAS, um dos defensores da possibilidade de tutela de bens jurídicos coletivos, ressalta a existência de crítica no mesmo sentido, sendo que uma proteção dos bens jurídicos coletivos minimamente eficaz conduzirá a que o ilícito material respectivo possa ter de ser ancorado em condutas socialmente irrelevantes na sua singularidade, só se tornando em socialmente danosas em associação com condutas análogas ocorridas em quantidade inumerável e com freqüência devastadora³⁸⁸. Além disso, o conteúdo integral do ilícito dos delitos coletivos terá, freqüentemente, de se exprimir em função de normas extrapenais, principalmente administrativas. Isso, como se verá, trará conseqüências relevantíssimas em toda

³⁸⁵ RIOS, **Revista dos Tribunais**, p. 447.

³⁸⁶ SOTO NAVARRO, ob. cit., p. 171.

³⁸⁷ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el product en Derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 67.

³⁸⁸ Cf. DIAS, **Direito Penal**, p. 151 e 152.

dogmática penal, notadamente no tratamento do erro no Direito penal socioeconômico.

Importante referir, ainda, que os bens jurídicos coletivos ou supra-individuais subdividem-se, conforme MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, em *gerais*, que se caracterizam por ser interesses pertencentes à generalidade das pessoas que se integram na comunidade social, e *difusos* ou *setoriais*, que, diferentemente dos anteriores, não são interesses que afetam a totalidade das pessoas, mas alguns grupos ou setores³⁸⁹.

Por fim, com base no mesmo autor, pode-se desde já antecipar, a título de introdução do próximo tópico, que no âmbito dos delitos socioeconômicos os interesses jurídicos protegidos podem apresentar uma dimensão *individual* ou uma dimensão *coletiva*, e, dentro desta segunda categoria, por sua vez, pode apresentar um interesse *social geral* ou um interesse *difuso ou setorial*.³⁹⁰

4.1.4 Especificidades dos bens jurídicos tutelados pelo Direito penal socioeconômico

Com a bagagem teórica apresentada nos tópicos anteriores, está-se em condições de abordar as questões referentes aos bens jurídicos protegidos pelo Direito penal socioeconômico. Adverte-se, no entanto, que o tema é de extrema amplitude e complexidade, sendo que cada controvérsia poderia ser objeto de diversas dissertações e teses dedicadas exclusivamente a elas. Aqui se pretende apresentar o tema e destacar, especificamente, as características dos bens jurídicos tutelados pelo Direito penal socioeconômico que geram efeitos no tratamento do dolo e do erro penal.

Inicialmente, deve-se esclarecer que o conceito de Direito penal econômico e a definição do bem jurídico econômico, segundo destacam CERVINI e ADRIASOLA, são temas que se encontram, estrutural e funcionalmente, vinculados. O posicionamento que se adote em relação a um refletirá sobre o outro³⁹¹.

Feita essa constatação, pode-se passar a um breve histórico acerca das formulações sobre o Direito penal econômico e o bem jurídico por ele tutelado.

³⁸⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 165-166.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 169.

³⁹¹ CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **El Derecho Penal de la Empresa**: desde una visión garantista. Montevideu; Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2005. p. 56.

Conforme JESCHECK, na Alemanha, o período do auge do liberalismo encerrou-se na economia controlada da Primeira Guerra Mundial. A marca das disposições da economia dirigida, com suas sanções penais, demonstrou o surgimento, naquele país, de um novo Direito penal. De acordo com ele, apesar da proliferação legislativa, esse setor passou a um plano secundário, posteriormente, com o ressurgimento das idéias liberais. No campo científico, ressalta, porém, a contribuição de GRÜNHUT, em 1929, sobre a *proteção penal dos interesses econômicos*, mas tratando o tema apenas desde o ponto de vista da proteção patrimonial do particular³⁹².

Como cediço, o surgimento da crise econômica mundial de 1929 marcou o fim da época liberal³⁹³. TIEDEMANN esclarece que foi justamente nesse período, isto é, final da década de vinte e início da década de trinta, que, na Alemanha, surgiram os primeiros esforços científicos vinculados ao Direito penal econômico. Ressalta que os trabalhos de BÖHM, HEDEMANN, NUSSBAUM e KRAUSE conceberam o Direito econômico como Direito da intervenção estatal na economia³⁹⁴.

No entanto, consoante BALCARCE, foi CURT LINDEMANN, discípulo de HEDEMANN, quem reconheceu pela primeira vez, em 1932, no trabalho intitulado *Existe um Direito penal econômico independente?*, o conjunto total da economia do povo como um bem jurídico protegido penalmente. Por conseguinte, tratou o delito econômico como uma conduta punível que se dirige contra o conjunto total da economia ou contra ramos ou instituições funcionalmente importantes desse conjunto. O objeto do Direito penal econômico seria, assim, a ordem da economia dirigida e protegida³⁹⁵.

³⁹² JESCHECK, Hans Henrich. El derecho penal económico alemán. **Cuadernos de los Institutos**. Trad. Luis Martínez Gavier y Juan Von Haeseler Langjahr. Córdoba, v. XIII, n. 74, 1963. p. 74.

³⁹³ Vale ressaltar a lição de TERRADILLOS BASOCO: (...) una vez vivida la gran crisis de 1929, cuyos efectos también tuvieron reflejo en el Derecho penal. La reconstrucción posterior al 29 requiere, como lúcida e influyentemente pensara Keynes, suprimir el riesgo en las inversiones que pudiera generar una situación abocada al *crack*. El Estado asume, a partir de entonces, la función de garante de las convenciones económicas fundamentales en un intento de superar el riesgo en las inversiones mediante la planificación, prefigurando el futuro según las expectativas de presente e incorporando lo económico a lo jurídico. Se pone así fin a las vicisitudes del Estado de Derecho como maquinaria de poder orientada a la tutela de derechos individuales. Éstos pierden su puesto prioritario en el horizonte de los proyectos de un Estado que, al invadir nuevas áreas, necesita también de nuevos instrumentos – incluidos los penales – para reforzar esa intervención”. TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., p. 11.

³⁹⁴ TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. **Nuevo pensamiento penal**. Buenos Aires, v.4, n.5/8, p. 461-75, jan./dez., 1975. p. 468.

³⁹⁵ BALCARCE, Fabián I. **Derecho Penal Económico**: Parte General. Córdoba: Mediterránea, 2003. p. 50.

Desde essas formulações, diversos estudos foram realizados. CERVINI e ADRIASOLA consignam que, de fato, o Direito penal econômico foi inicialmente definido como aquele ramo do Direito penal cuja função seria a proteção da ordem econômica dirigida pelo Estado. Destacam, ainda, que essa concepção, posteriormente, sem prejuízo de suas várias vertentes, desembocou num conceito *restringido* de Direito penal econômico³⁹⁶.

Paralelamente, no entanto, foi se desenvolvendo um conceito *amplo* que, também, conheceu diversas definições, algumas mais ou menos precisas. Partiu-se da constatação de que é possível reconhecer todo um âmbito de tutela da ordem econômica, independente da política intervencionista ou não do Estado, que engloba as fraudes aos consumidores, os grandes estelionatos, as grandes falências, a utilização de informação privilegiada no mercado de capitais, dentre outros exemplos³⁹⁷.

Até os dias atuais a doutrina muito se ocupa e diverge a respeito de um conceito de Direito penal econômico, matéria que, como já consignado, confunde-se com a delimitação dos bens jurídicos tutelados nesse setor. As discussões, no que mais releva a este estudo, ocorrem sob dois principais enfoques. Em primeiro lugar, há divergências no sentido de se definir se o Direito penal econômico deve tutelar bens jurídicos socioeconômicos, bens jurídicos econômicos de interesse individual ou ambos (nesse aspecto ganha destaque a questão referente aos bens jurídicos mediatos e imediatos). Em segundo lugar, sendo a ordem econômica um bem jurídico penal, seja de caráter mediato ou imediato, discute-se qual deve ser sua definição, pois há evidentes diferenças caso se trate de uma economia de livre mercado ou de uma economia dirigida.

O critério utilizado majoritariamente pela doutrina, atualmente, foi influenciado, em suas linhas gerais, pelas proposições do Projeto Alternativo do Código Penal alemão, de 1977, que pode ser considerado como a primeira tentativa moderna de oferecer um exaustivo catálogo de delitos econômicos, cuidadosamente classificados em diferentes capítulos, elaborados sobre uma concepção ampla de delitos econômicos, incluindo: a) figuras delitivas que afetam interesses coletivos no âmbito econômico; b) os delitos que comportam um abuso dos instrumentos imprescindíveis para o funcionamento da vida econômica; c) as figuras delitivas

³⁹⁶ CERVINI/ADRIASOLA, ob. cit., p. 56-57.

³⁹⁷ Ibid., p. 57-58.

conexas às categorias apontadas, ora porque aparecem ligadas habitualmente à atividade das empresas, ora porque simplesmente se caracterizam por estar associadas ao desenvolvimento econômico, seja, enfim, porque se considere que guardam alguma relação com a atividade econômica.

Nesse projeto, como se observa, adotou-se, para definir quais bens jurídicos devem ser protegidos pelo Direito penal econômico, o critério segundo o qual para que um delito seja assim considerado, sua realização deve afetar, ainda que potencialmente, a ordem econômica, transcendendo a esfera puramente individual³⁹⁸.

Feitos esses registros, pode-se retomar a já antecipada idéia de que o conceito de Direito penal econômico normalmente é concebido num sentido *estrito* e num sentido *amplo*³⁹⁹. Nessas duas concepções há coincidência ao entendê-lo como sendo o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica. Entretanto, consoante a concepção *estrita*, compreende-se a ordem econômica como *a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia*. De outra via, conforme a concepção *ampla*, a entende-se como *a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços*⁴⁰⁰.

No primeiro caso, o Direito penal econômico procura salvaguardar a política intervencionista Estatal, enquanto que, no segundo, o legislador visaria a proteger por meio do Direito penal a atividade econômica no marco de uma economia de mercado.

A necessidade de se delimitar o conceito de ordem econômica a ser tutelada pelo Direito penal foi suscitada, especialmente, por BAJO FERNANDÉZ, ao consignar a diferença de proteção de uma economia dirigida ou de uma economia de livre mercado.⁴⁰¹

No mesmo sentido é a lição de SÁNCHEZ RIOS, valendo-se dos ensinamentos de TIEDEMANN:

(...) A primeira consistiria em um conceito estrito ou limitado de delito econômico, o qual compreende as transgressões no âmbito do direito administrativo-econômico, ou seja, aquelas lesivas à atividade interventora e reguladora do Estado na economia. Já a segunda, uma concepção ampla, alcançaria, além destas condutas, todas aquelas figuras típicas que violam

³⁹⁸ Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 119.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 118.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 96.

⁴⁰¹ *Id.*

bens coletivos supraindividuais econômicos relacionados com a regulamentação jurídica da produção distribuição e consumo de bens e serviços.⁴⁰²

Importante consignar, no entanto, que TIEDEMANN, como bem observado por SÁNCHEZ RIOS, amplia seu conceito de Direito penal econômico, incluindo, nesse âmbito, delitos patrimoniais clássicos, como estelionato e extorsão, desde que se dirijam contra patrimônios coletivos, como o caso de obtenção fraudulenta de subvenções e créditos estatais, ou quando tais delitos constituem abuso de medidas e instrumentos da vida econômica, como a hipótese de falsificação de balanços⁴⁰³.

Durante o século passado ora predominava a concepção restrita ora a concepção ampla. Desde meados da década de 1990 até 2008 pode-se considerar que prevalece a adesão a uma concepção ampla, conseqüência de múltiplos fatores, segundo CERVINI e ADRIASOLA: a) o evidente predomínio da economia de mercado; b) a decadência do dirigismo estatal; c) a necessidade de contar com uma categoria aglutinante das mais variadas agressões sociais; e, d) a tendência de postergar os rigores sistemáticos que oferece a dogmática⁴⁰⁴.

É possível, todavia, que haja uma alteração dessa realidade após a crise financeira de 2008, momento em que muitos propagam o fim da era neoliberal, defendendo uma maior intervenção do Estado na economia, especialmente no controle do mercado financeiro, que se tornou bastante complexo. Se isso gerará efeitos quanto à concepção de Direito penal econômico e os bens jurídicos que deve tutelar somente o tempo dirá.

De qualquer forma, nesse cenário, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, seguindo entendimento atualmente majoritário, entende que delito econômico é apenas o socioeconômico⁴⁰⁵, ou seja, um delito restrito ao âmbito patrimonial individual não pode ser considerado objeto do Direito penal econômico. Contudo, o renomado autor não exclui os delitos contra bens individuais em que, entre as razões para a sua tipificação, leva-se em conta a existência de interesses socioeconômicos mediatemente protegidos, sendo o caso, *v.g.*, dos delitos contra a propriedade industrial, delitos de concorrência desleal, assim como a maior parte dos delitos

⁴⁰² RIOS, **Revista dos Tribunais**, p. 441.

⁴⁰³ Id.

⁴⁰⁴ CERVINI/ADRIASOLA, *ob.cit.*, p. 71.

⁴⁰⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 120.

societários⁴⁰⁶. É esse o entendimento que se adota neste trabalho, sendo a razão de referir-se a Direito Penal socioeconômico e delitos socioeconômicos.

Nesse ponto, então, importante tratar mais claramente da distinção entre bem jurídico *imediato* e *mediato*. Bem jurídico *imediato* é aquele protegido diretamente pela norma (bem jurídico em sentido técnico), ao passo que o *mediato* confunde-se com a razão de ser da norma jurídica, ou seja, expressa os motivos que levam o legislador a criminalizar determinado comportamento⁴⁰⁷. Vale citar, *v.g.*, o caso específico do delito tributário, em que se consideram como bem jurídico *mediato* as finalidades realizadas com a boa aplicação dos tributos (como investimentos em saúde, educação e segurança pública) e como bem jurídico *imediato* o patrimônio do erário, cuja ausência de proteção influi, de modo necessário, no não cumprimento das finalidades incumbidas ao Estado.

Sobre o assunto, mais uma vez relevante se faz a lição de SÁNCHEZ RIOS:

Por outro lado, recentes estudos têm consolidado a extensão desse conceito aos delitos que mesmo não possuindo um bem jurídico supraindividual como objeto *imediato* de proteção – pois os tipos penais nestes casos tutelam diretamente um bem jurídico individual de conteúdo econômico – são orientados à proteção de um bem jurídico *mediato* supraindividual (ex. delitos de concorrência desleal, delitos societários etc.). Ora, a distinção entre um bem *imediato* e bem *mediato* (ou *ratio legis*) está em sintonia com a orientação funcional do direito penal. Na análise do tipo penal econômico específico o que resultará num primeiro momento, diretamente lesionado por parte da ação do sujeito ativo, será sempre o bem jurídico *imediato*. Este estará identificado com a lesão efetiva ou o perigo de lesão patrimonial, sendo sempre a principal referência para identificar as funções e o sentido do próprio tipo penal. Dessume-se que a ofensa às “funções” do bem jurídico não poderá estar incorporada ao tipo de injusto da infração correspondente.

Assim, pode-se prever que a “ordem econômica”, no sentido amplo do delito econômico, não aparecerá como bem jurídico diretamente protegido nas diversas figuras delitivas, mas desempenhará uma função sistemática ou categorial devendo ser precisado seu objeto em cada tipo penal específico.⁴⁰⁸

Assim, fica clara a importância das teorizações sobre os bens jurídicos coletivos e da peculiar diferenciação entre bem jurídico mediato e imediato, para o Direito penal socioeconômico, uma vez que, embora alguns delitos afetem diretamente o patrimônio individual, há a possibilidade, ainda que mediata, de afetação da esfera socioeconômica, atribuindo-lhe, conseqüentemente, o *status* de

⁴⁰⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 119.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 159.

⁴⁰⁸ RIOS, **Revista dos Tribunais**, p. 441.

delito socioeconômico. Especialmente clara, sobre esse assunto, é a lição de BALCARCE:

Es en el ámbito de los delitos sócio-económicos en donde se evidencia una mayor necesidad de efetuar la diferenciación entre bien jurídico imediato y bien jurídico mediato. El primero es el bien jurídico específico o bien jurídico directamente tutelado (en sentido técnico), en tanto que elemento básico de todo delito. Por el contrario – refiere Martínez-Buján Pérez - la noción de bien jurídico mediato, posee un significado diferente, que se vincula a la llamada *ratio legis* o finalidad objetiva de la norma y que, dicho sintéticamente, expresa las razones o motivos que conducen al legislador penal a criminalizar un determinado comportamiento. La noción de bien jurídico imediato es la que debe servir de principal referencia para designar las diversas funciones que tradicionalmente se han venido atribuyendo a esta institución en la Ciencia del Derecho Penal, sobre todo en lo relativo a la denominada interpretación teleológica que, como es sabido, es la que posee la máxima significación. Aclarado esto, vale reparar en que, si bien el objeto jurídico mediato será siempre supraindividual, el objeto jurídico directamente tutelado podrá ser individual o supraindividual.⁴⁰⁹

Em síntese, pode-se afirmar, segundo classificação de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que existem delitos socioeconômicos orientados à tutela dos seguintes bens: a) de um bem coletivo geral institucionalizado não-individualizável (nesses casos pode haver ou não a diferenciação entre bem jurídico mediato e imediato⁴¹⁰); b) de um bem coletivo institucionalizado individualizável (o mestre espanhol afirma que parte da doutrina sustenta a tese de que esses bens podem ser protegidos de forma imediata⁴¹¹); e, c) imediatamente do patrimônio individual e mediamente de um bem coletivo geral (nesses casos, normalmente, trata-se de delitos de acumulação desde a perspectiva do bem mediato⁴¹², havendo a lesão ao bem mediato apenas com a reiteração de grande número de ações típicas).

Importante consignar, de outra via, que o fato de haver uma proliferação de bens jurídicos mediatos no âmbito socioeconômico implica diferenciações no plano interpretativo, pois, embora se reconheça que em muitos casos o bem mediato pode ser identificado diretamente com o bem imediato, quando isso não ocorre cumpre

⁴⁰⁹ BALCARCE, ob. cit., p. 130.

⁴¹⁰ Quando há diferenciação, recorre-se a um bem com função representativa, que será o bem imediatamente protegido. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ cita como exemplo de bem jurídico com função representativa o patrimônio do Erário, sendo, por outro lado, as funções sociais cumpridas com a arrecadação tributária o bem mediamente protegido. Já no outro caso, em que o bem coletivo geral institucionalizado sem referente individual é diretamente protegido, cita-se o exemplo dos delitos que protegem o livre mercado e a livre concorrência. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 183.

⁴¹¹ Ibid., p. 191.

⁴¹² Ibid., p. 206.

distinguir qual deles terá influências hermenêuticas diretas. Nesse contexto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ aduz que apenas o bem jurídico imediato teria importância direta para o intérprete. Todavia, faz referência a determinados reflexos indiretos do bem jurídico mediato, como sua importância num estágio de aplicação da pena, por exemplo:

Por lo demás, el bien jurídico mediato, puede tener relevância en el caso de la función sistemática (referente a la clasificación y a la sistematización de los grupos de delitos), u también podrá tener influencia, por último, en la función de critério de medición o determinación de la pena (en la medida que la posible incidencia mediata sobre um interés jurídico adicional al directamente protegido pueda tomarse en consideración, como um dato más, para la determinación de la gravedad del injusto, a los efectos de determinar “la mayor o menor gravedad del hecho” en las hipótesis em que no concurran circunstancias atenuantes ni agravantes del art. 66-1-6ª del CP).⁴¹³

Apesar de a teorização de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ ser, ao que se entende e até o momento, uma das mais bem elaboradas no âmbito do Direito penal socioeconômico, muito há para ser estudado e melhor definido.

De qualquer forma, para o que interessa mais diretamente ao presente estudo, de toda essa discussão constata-se a existência de especificidades do bem jurídico tutelado no Direito penal socioeconômico. Diante da complexidade e indefinição do tema, poder-se-ia apontar um grande número dessas características. No entanto, limitar-se-á a apresentar as que, segundo se entende, mais diretamente influenciam o tratamento do erro. Importante advertir, ainda, que elas podem não se fazer presentes em todos os delitos socioeconômicos, mesmo existentes em alguns ou muitos deles. Além disso, algumas delas são estreitamente relacionadas, optando-se por apresentá-las separadamente por questões de didática e maior destaque.

A *primeira* especificidade que se aponta refere-se ao fato de que *o conteúdo axiológico do bem jurídico socioeconômico encontra-se vinculado a uma determinada política econômica que, por sua vez, desenvolve-se imersa no campo de incertezas próprio da economia*. Noutras palavras, o respeito às normas penais vinculadas a uma determinada ideologia econômica não implica que haja efetiva proteção ao bem jurídico. É perfeitamente possível, como se evidencia na crise econômica de 2008, que embora os agentes econômicos se orientem pelas normas

⁴¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 163.

vinculadas a um modelo oficial de política econômica, eles, ainda assim, podem lesar o bem jurídico protegido, uma vez que as normas que lhes orientam podem ser fruto de uma ideologia que se descubra, posteriormente, equivocada.

Pode-se cogitar que a construção política do bem jurídico no setor econômico esteja fortemente relacionada com uma deficiência de dados empíricos, resultante de uma desproporção entre o conhecimento da norma e do fato, característica do conhecimento jurídico contemporâneo em matéria de economia. Sobre o assunto, vale ressaltar a seguinte lição de HASSEMER:

Esta desproporção entre o saber empírico e o normativo necessita explicação. Não é natural e nem plausível, à primeira vista, que o Direito Penal, como um âmbito científico acompanhado e orientado por condutas práticas, saiba tão pouco do objeto que estuda; que ele saiba muito sobre seus instrumentos, porém, muito pouco sobre os âmbitos em que aplica estes instrumentos; que o jovem jurista penalista esteja abarrotado com conhecimento diferenciado e pormenorizado sobre os delitos contra o patrimônio e os delitos cometidos com violência, porém, ao final de seus estudos, não tenha a menor idéia das condições que mantêm um homem na carreira de pequeno impostor ou que podem torná-lo vítima de determinados delitos cometidos com violência.⁴¹⁴

Nesse sentido, o bem jurídico que o Direito penal socioeconômico procura proteger apresenta a peculiaridade de não oferecer um conjunto de informações suficiente para que a proteção possa ser programada de modo eficaz, o que acaba por transformar o objeto de estudo numa fonte de imputação ideológica sem um efetivo e certo embasamento científico.

O mais importante é notar, porém, a dificuldade do cidadão de apreender a suposta lesividade de sua conduta ao bem jurídico econômico, inexistindo consenso mesmo entre os maiores especialistas no assunto. Fica difícil, senão impossível, conhecer a proibição sem conhecer a norma ditada pelo Estado com base na política oficial, pois mesmo se realizando uma valoração paralela dos fatos não se consegue apreender eventual lesão a algum bem jurídico ou a possível proibição da conduta.

Assim, a politização do bem jurídico, causada pela falta de dados empíricos, acaba por atribuir, muitas vezes, um caráter simbólico ao bem jurídico penal

⁴¹⁴ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 51.

econômico, evidenciando uma significativa carência de conteúdo material, como bem observa MUÑOZ CONDE:

La principal crítica que cabe hacer a esta expansión del derecho penal es que con ella se pierde muchas veces el contenido material del injusto penal, pues no quedan claras las referencias a um determinado bién jurídico protegido, y también quedan difuminados los limites entre el injusto penal y los ilícitos puramente formales o administrativos.⁴¹⁵

Em ligação direta com essa primeira característica peculiar do bem jurídico protegido, pode-se destacar a *segunda*, igualmente relevante. Além de incertas, as *teorizações econômicas são extremamente voláteis, alterando-se constantemente, conforme os interesses e ideologias econômicas predominantes num dado momento histórico*. Bom exemplo disso é a questão referente ao crime de evasão de divisas, cuja necessidade de criminalização ou não tem variado constantemente, conforme os interesses econômicos vigentes num dado momento⁴¹⁶.

Em razão dessa volatilidade, observa-se, ainda, como *terceira característica*, que a proteção do bem jurídico socioeconômico tem de ser realizada de modo diverso da tutela dos bens jurídicos individuais, sendo que *o conteúdo integral do ilícito dos delitos coletivos terá, freqüentemente, de se exprimir em função de normas extrapenais, especialmente administrativas*. Esse fenômeno decorre da natureza coletiva do bem jurídico socioeconômico, valendo destacar o seguinte ensinamento de DIAS:

(...) A primeira é a de que a multiplicidade de condutas perigosas para as condições fundamentais de vida das gerações futuras, na complexidade que podem chegar a assumir e na constante modificação a que, por força da evolução tecnológica, estão submetidas, conduz efectivamente a que os delitos coletivos, como quer que em definitivo tipicamente se construam, se encontrem subjetivos a uma cláusula de acessoriedade administrativa. O que vale por dizer que o conteúdo integral do ilícito só pode revelar-se, em última análise, também em função de normas sem dignidade penal.⁴¹⁷

A acessoriedade administrativa gera uma série de problemas à dogmática tradicional. Para exemplificar, vale referir que GRECO, em interessante artigo sobre a acessoriedade administrativa no Direito penal ambiental, aborda uma série deles,

⁴¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 7ª edición. Valencia: Tirant lo blanch, 2007. p. 303.

⁴¹⁶ Sobre o assunto, vide detalhado trabalho de NUNES, Ricardo Pieri. Evasão de Divisas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 14, n. 62, p. 134-177, 2006.

⁴¹⁷ DIAS, **Boletim da Faculdade de Direito**, p. 1134-1135.

que, *mutatis mutandis*, também surgem para o Direito penal socioeconômico. Provoca, o autor, algumas reflexões: a) aquele que age acobertado por uma licença nula comete a ação descrita num tipo que arrole entre os seus requisitos a falta de ato autorizativo?⁴¹⁸; b) o particular que viola proibição administrativa nula realiza a ação descrita num tipo que considere punível a violação de uma proibição administrativa qualquer?⁴¹⁹; c) nas situações em que o particular age em tamanho acordo com as exigências da administração, de modo a fazer jus ao ato administrativo, apesar de não o deter, deve ele ser ainda sim punido pela conduta inócua para a ordem econômica?⁴²⁰; d) a tolerância da administração para com determinados atos do agente pode ter alguma eficácia no que se refere ao injusto dos delitos estruturados de modo dependente do Direito administrativo?⁴²¹.

Além dessas questões, o fenômeno da acessoriedade demonstra que não há certeza acerca da relação entre conduta e resultado lesivo nesse âmbito, tendo o legislador que repassar ao executivo, sob a pressuposição de que este se encontra melhor estruturado, a responsabilidade de selecionar as condutas consideradas lesivas ao bem jurídico.

O problema, conforme se denota a partir das indagações de GRECO, é que o Direito administrativo também possui uma série de peculiaridades que destoam das características do sistema penal. Noutras palavras, embora o sistema penal pretenda compartilhar tarefas com o sistema administrativo, não existe, no sistema jurídico brasileiro, um código específico de comunicação entre os dois microssistemas que permita, de modo eficiente, a transformação dos mais flexíveis critérios administrativos para os mais rígidos critérios do Direito penal.

Como *quarta característica* do bem jurídico protegido no Direito penal socioeconômico, o que ocorre com os bens jurídicos coletivos em geral, aponta-se a *necessidade de uma grande quantidade de ações típicas similares para que possa existir uma efetiva lesão. Uma conduta típica isolada pode não possuir nenhuma lesividade ao bem jurídico que se visa proteger*, conforme bem ressalta DIAS:

⁴¹⁸ GRECO, Luis. 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, n. 58, p. 152-194, 2006. p.158.

⁴¹⁹ GRECO, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 158.

⁴²⁰ Id.

⁴²¹ GRECO também traz à tona a importante questão sobre se a acessoriedade administrativa teria ou não sua existência vinculada a uma referência expressa no tipo, o que demonstra a amplitude de um tema que, nos dias atuais, merece pormenorizadas monografias, a fim de fazer jus a sua importância. Id.

Essencial me parece neste contexto – e é esta a segunda ideia que me proponho acentuar – não perder nunca de vista que em direito penal colectivo nos deparamos substancialmente (isto é, insisto, segundo o conteúdo material de ilícito em questão) com delitos que possuem uma natureza análoga à da categoria dos *delitos de perigo abstracto*; delitos nos quais, é bem sabido, a relação entre a acção e o bem jurídico tutelado surgirá as mais das vezes como longínqua, nebulosa e quase sempre particularmente débil. (...).

Torna-se de todo o modo instante perguntar se, apesar do que ficou já dito, não persiste como questionável a relação entre a lesão do bem jurídico colectivo e uma multidão inumerável de comportamentos que, quando tomados em si mesmos e na sua singularidade, não são imediatamente perigosos ou sequer mesmo significativos, mas contribuem em todo o caso poderosamente para aquela lesão. Aqui se depara, de modo incontornável, com a necessidade de considerar muitas das ofensas colectivas jurídico-penalmente relevantes dentro dos quadros dos tipos chamados *aditivos* ou *cumulativos*.⁴²²

Tal constatação tem levado alguns doutrinadores a defender a legitimidade dos chamados delitos de acumulação, cuja diferença com relação aos delitos de perigo abstracto é claramente exposta por D'AVILA:

Os denominados crimes de acumulação chamam a atenção para um particular grupo de casos em que, diferentemente dos tradicionais crimes de perigo abstracto, nem sequer uma perigosidade geral ou abstracta estaria associada à conduta punível. Caracterizam-se por condutas consideradas, individualmente, inofensivas em relação ao objeto de tutela da norma, incapazes de gerar qualquer dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado, mas que, quando tomadas a partir de uma hipótese de acumulação, da hipótese de sua prática por um grande número de pessoas, ou ainda, na expressão de HERZOG, “onde iríamos parar se todos fizessem o mesmo” se tornam extremamente danosas ao meio ambiente. Logo, condutas cujo conteúdo de significação jurídico penal, individualmente incapaz de consubstanciar sequer um crime de perigo abstracto, é obtido a partir da consideração hipotética da sua repetição em grande número.⁴²³

Todavia, consoante já afirmado, uma das principais críticas que se faz à noção de bens jurídicos coletivos, conforme lembra DIAS, é, justamente, no sentido de que uma proteção penal de bens jurídicos coletivos minimamente eficaz conduzirá a que o ilícito material respectivo possa ter de ser ancorado em condutas socialmente irrelevantes na sua singularidade, só se tornando socialmente danosas

⁴²² DIAS, **Boletim da Faculdade de Direito**, p. 1136-1137.

⁴²³ D'AVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstracto no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 67, p. 29-58, 2007. p. 45.

em associação com condutas análogas ocorridas em quantidade inumerável e com frequência devastadora⁴²⁴.

No mesmo caminho, tem-se a *quinta característica*, consubstanciada na circunstância de se entender suficiente um *ataque de menor intensidade ao bem jurídico protegido, inexistindo qualquer injusto material, com a incorporação explícita ao injusto de elementos típicos normativos de atitude, ou seja, elementos de valoração sobre a potencialidade lesiva do agente, cuja ocorrência terá de ser constatada pelo juiz*. Conforme MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ:

(...) cabe apuntar que el Derecho penal socioeconómico es uno de los sectores donde podemos verificar la existencia de tipos de peligro abstracto puramente formales o delitos de peligro abstracto “puro”, carentes de todo contenido de injusto material, o sea, tipos que en la doctrina han sido calificados de delitos “de pura desobediencia” (JAKOBS) o delitos “con función puramente organizativa formal” (SCHÜNEMANN), caracterizados por el hecho de que el sedicente “interés abstracto” resulta ya vulnerado con la mera infracción de la prohibición y sin que el injusto penal incorpore restricción típica material alguna. Se trata, en puridad de principios, de auténticos ilícitos administrativos cuya elevación al rango de infracción penal es criticable.⁴²⁵

Como *sexta característica*, observa-se que o bem jurídico socioeconômico é um *fenômeno de natureza complexa e imposto pelo Estado conforme a ideologia econômica vigente, compreensível por um segmento limitado de cidadãos, normalmente não exprimindo um fundamento ético-social arraigado na comunidade em geral e existente previamente na sociedade*.

A *sétima característica* (que é comum aos bens jurídicos coletivos de uma forma geral) a ser apontada refere-se à *natureza conflitiva do bem jurídico, pois, em muitas vezes, o perigo é causado por ações legítimas, socialmente adequadas e, possivelmente, indispensáveis*. Especialmente clara sobre o assunto, é a lição, uma vez mais, de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ:

(...) Se trata de lo que usualmente se denomina *naturaleza “conflictual”* de estos bienes jurídicos, en la medida en que las fuentes de peligro para ellos provienen de actividades lícitas y socialmente necesarias, que no pueden ser suprimidas, sino tan sólo sometidas a control. Tales sectores de actividad son generados fundamentalmente por intereses de muy diversa índole, legítimos todos ellos en su respectivo ámbito, pero en clara colisión, lo que supone un verdadero rasgo diferenciador con respecto a los bienes

⁴²⁴ DIAS, *Direito Penal*, p. 151 e 152.

⁴²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, p. 209-210.

jurídicos individuales, toda vez que los atentados tradicionales contra éstos no se derivan del *normal* funcionamiento del sistema social.⁴²⁶

No mesmo sentido, SOTO NAVARRO, a respeito das peculiaridades dos bens jurídicos coletivos, explica:

Sin embargo, los nuevos bienes jurídicos colectivos se caracterizan por el hecho de que las fuentes de peligro para los mismos provienen de *actividades lícitas y socialmente necesarias*, que en modo alguno pueden ser suprimidas, sino tan sólo sometidas a control. Tales sectores de actividad son generados fundamentalmente por intereses de contenido económico y provocan, a su vez, intereses de muy diversa índole, legítimos todos ellos en su respectivo ámbito, pero em clara colisión. Ante este panorama, que no es sino el producto del desarrollo económico y tecnológico, la intervención del Derecho penal se justifica desde el momento en que la sociedad percibe claramente la entidad de alguno de los intereses en juego y la gravedad de los atentados a que está siendo expuesto⁴²⁷.

Por fim, e mais importante, por esclarecer a razão de ser de boa parte das especificidades anteriores, como *oitava característica*, é possível consignar que o bem jurídico econômico pode apresentar um *elemento institucional estatal*. Embora a palavra instituição seja polissêmica e tenha-se utilizado a teoria dos fatos institucionais de SEARLE (que trata de fatos institucionais de modo geral), pode-se afirmar que toda teoria institucional possui como elemento comum as premissas expostas por HAURIOU:

Uma instituição é uma idéia de obra ou empresa que se realiza e permanece juridicamente num meio social. Para a realização dessa idéia se organiza um poder que cria os órgãos necessários para o funcionamento da instituição. Por outra parte, entre os membros do grupo social interessados na realização da idéia, produzem-se manifestações de comunhão que são dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos.⁴²⁸

O conceito central que permite uma melhor compreensão dos bens jurídicos econômicos é o conceito de *vontade manifestada através de procedimentos*, ou

⁴²⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 190.

⁴²⁷ SOTO NAVARRO, ob. cit., p. 214. Nesse sentido, vide, ainda, BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, p. 195. MORALES PRATS, Fermín. Técnicas de tutela penal de los intereses difusos. In: BOIX REIG, Javier (org.). *Intereses difusos y Derecho penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madri: CGPJ, 1994. p. 76 e 82.

⁴²⁸ HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social). *Aux sources du droit*: le pouvoir, l'ordre et la liberté. Paris, Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 23. p. 89-128, 1933, p. 96. Livre tradução. Texto original: "Une institution est une idée d'oeuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures".

seja, a vontade institucional, conforme se deriva da própria definição de instituição, é uma vontade funcional⁴²⁹, que só pode existir e se manifestar por meio de procedimentos.

Desse modo, se um órgão de uma instituição emite uma autorização sem o respeito a procedimentos estipulados pela lei, não se poderá falar em manifestação de vontade institucional, dado que o procedimento criado para assegurar o cumprimento das decisões firmadas no processo originário não foi cumprido⁴³⁰.

Esse breve raciocínio demonstra que numa instituição complexa como o Estado, existem, de um modo geral, dois tipos de responsabilidade. Uma responsabilidade institucional, que é definida e regulada de modo estrito por meio de procedimentos, e uma responsabilidade por conseqüências.

A responsabilidade gerada pela lesão de um bem jurídico econômico, em boa parte dos casos, é uma responsabilidade distinta da responsabilidade por conseqüências, uma vez que o conceito de bem jurídico econômico normalmente surge de um dever imposto institucionalmente, vale dizer, conforme estritos procedimentos, o que atribui um caráter funcional a esses bens, que passam a ser materializações de parte da vontade institucional.

Em razão disso, a proteção de grande parte dos bens que se definem como jurídico-econômicos é realizada por tipos de infração de dever.

A caracterização de alguns delitos econômicos como delitos de infração de dever é clara no que se refere aos bens jurídicos econômicos em sentido estrito. No entanto, pode haver dúvidas nos bens jurídicos econômicos em sentido amplo.

Com efeito, *todos aqueles bens jurídicos econômicos que tenham o seu surgimento vinculado a uma decisão política de intervenção do Estado na economia* são delitos de infração de dever, uma vez que a responsabilidade de cada indivíduo que integra a sociedade só surge após ser estabelecida pela instituição Estatal a política econômica a ser seguida. Há, portanto, um elemento institucional indisfarçável nos bens jurídicos econômicos em sentido estrito, o que se torna mais nítido quando se atenta para a distinção entre normas de arbitragem e normas de impulsão, preconizadas por FERREIRA FILHO:

⁴²⁹ Sobre o conceito de vontade funcional, vide JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 455.

⁴³⁰ Todavia, nada impede que a própria instituição confira efeitos à autorização ilegal com o fim de evitar que os objetivos institucionais (concretização de direitos fundamentais) sejam atingidos. No mesmo sentido, vide JUSTEN FILHO, ob. cit., p. 460.

Devem pertencer ao rol das normas a serem estabelecidas por um arbitramento de interesses, todas as que tenham por objeto definir quer a situação do indivíduo em face do Estado e dos grupos, quer a situação dos grupos em face de outros grupos e particularmente em face do Estado. Tudo o mais tem um caráter instrumental, servindo como meio para que certas metas sejam atingidas, de modo que seu papel auxiliar se mostra preponderante.

Em termos concretos, essa separação foi realizada pela Constituição francesa de 1958, ao discriminar o domínio da lei e o do regulamento. Aquele é fundamentalmente o domínio da arbitragem, já que tem por cerne o equilíbrio de interesses entre indivíduos, grupos e Estado, este como representante do interesse geral. *Já o domínio do regulamento compreende toda a matéria que, servindo à realização da política governamental, não diz respeito às bases essenciais do relacionamento social.*⁴³¹

No plano econômico, pode-se dizer que a base essencial do relacionamento social se consubstancia em matérias como propriedade e contrato, que são amplamente reguladas pelo direito civil, assim como relações trabalhistas e de consumo, cada uma com legislação própria.

Situação diversa ocorre com as políticas de intervenção do Estado na economia, cujo âmbito regulamentar é restrito, variando conforme a política governamental adotada. Nesse caso, a responsabilidade, além de ser institucional, não deriva diretamente de uma lesão a preceitos fundamentais do ordenamento, cuja regulamentação foi reservada à lei formal pela Constituição Federal. Ao contrário, um delito contra a política atual de câmbio ou de juros consiste na violação de um dever imposto, sendo a possível afetação mediata de preceitos fundamentais algo contingente, não necessário.

Com efeito, a escolha governamental por uma política de juros não reflete uma verdade absoluta no que se refere ao bem estar da economia. Tais questões costumam ser muito disputadas, sendo que a única coisa que se pode reprovar na conduta de um agente que não respeita as diretrizes político-econômicas é que ele não está sendo leal com a instituição. Em outras palavras, o que de concreto se pode aferir em termos de lesividade de uma conduta que não respeita às normas cambiais é a existência de uma violação de um dever institucional.

⁴³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 270.

Por conseguinte, sem o conhecimento das normas que instituem esse dever, não há como se realizar um juízo a respeito da potencial antijuridicidade da conduta, por meio de uma valoração paralela na esfera do leigo.

O elemento institucional, consistente num dever imposto pela administração, constitui fator distintivo dos delitos econômicos em sentido estrito, já que esse dever é o que transforma certas operações econômicas, em princípio neutras, em delitos econômicos, assim como o contrário.

Quanto aos delitos econômicos em sentido amplo, pode haver uma variação do elemento institucional conforme se esteja diante de delitos criados para proteger direitos fundamentais, como a saúde dos consumidores ou determinadas relações trabalhistas, ou tão-somente políticas econômicas contingentes.

No primeiro caso, não se visualiza um aspecto institucional, uma vez que são delitos que protegem interesses individuais, ainda que vinculados à ordem econômica, o que não justifica a existência de tratamento diferenciado, pois a lesividade desses delitos não deriva de um dever, mas da afetação a direitos fundamentais, o que implica responsabilidade por conseqüências, não institucional.

Em razão das peculiaridades dos bens jurídicos tutelados no Direito penal socioeconômico, o legislador passou a se valer de novas técnicas de tipificação, tudo isso refletindo diretamente no tratamento do dolo e do erro, conforme se analisará nos tópicos seguintes.

4.2 PECULIARIDADES DO TIPO NO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO

De acordo com FEIJOO SÁNCHEZ, todo tipo penal é uma descrição de determinada conduta. Todavia, esclarece que subjacente à descrição típica, há uma proposição normativa criada com o intuito de proteger um bem. Bem é tudo aquilo que tem valor, sendo que bem jurídico é aquilo que tem valor para a instituição jurídica⁴³².

Essa cadeia lingüística complexa demonstra que a interpretação de um tipo legal não é uma tarefa fácil, uma vez que envolve uma ampla reflexão. Essa complexidade é ainda maior, conforme se passará a analisar, no Direito penal

⁴³² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Sobre la crisis de la teoria del bien jurídico**. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/526.pdf>. p. 16. Acesso em 09/12/2008.

socioeconômico, em decorrência, especialmente, das especificidades dos bens jurídicos tutelados.

De fato, a indeterminação do tipo nesse setor é proporcional ao crescimento da complexidade da ordem econômica, uma vez que, com obviedade, percebe-se que quanto mais complexa for uma ação mais abstrusa será a sua descrição. O legislador, então, após eleger os bens jurídicos dignos de tutela penal, tentando conter os riscos criados por essa complexa ordem econômica, tem passado a utilizar, diferentemente do Direito penal primário, tipos penais cujos termos descrevem de modo indeterminado a conduta delitiva. Sobre o assunto, especialmente clara é a lição de AFLEN DA SILVA, aplicável ao Direito penal socioeconômico:

O mandato de certeza é consequência obrigatória do fato de que um sistema jurídico organiza-se sobre codificações, isto é, sobre leis escritas, contudo, o moderno legislador segue uma tendência à experimentação, orientando-se pelas consequências, preocupando-se com os efeitos empíricos da sua atuação (e justifica a sua atuação pela produção e pela falta de tais efeitos), tanto mais ameaça a *lex certa* e, à medida em que se formulam preceitos pouco claros, imprecisos, extremamente flexíveis, as questões que não são resolvidas pelo legislador ficam entregues ao desenvolvimento judicial e nisso reside o risco maior, pois a jurisprudência pode desenvolver uma norma formulada de modo flexível, em uma direção completamente oposta àquela que o legislador queria lhe dar.⁴³³

Sendo assim, o tipo no Direito penal socioeconômico possui uma problemática peculiar, uma vez que, além do círculo hermenêutico apontado, há uma maior indeterminação de conceitos que dificultam uma sistematização adequada nas categorias tradicionais da teoria do delito.

Deve-se mencionar, além disso, a predominância de elementos de valoração global do fato no âmbito do Direito penal socioeconômico. Lembre-se, como já analisado, que elementos de valoração global do fato são conceitos inespecíficos que constituem o tipo, mas que não permitem, em abstrato, que o agente compreenda as circunstâncias fáticas e normativas a que o conceito se refere⁴³⁴. Tais conceitos são usados para se referir tanto a pressupostos fáticos como de valoração, sendo que esta valoração, assim como a que considera determinada conduta não razoável, por exemplo, pertence à antijuridicidade. Isso evidencia que quando o legislador emprega conceitos inespecíficos, em que a valoração dos

⁴³³ SILVA, ob. cit., p. 118-119.

⁴³⁴ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 300.

pressupostos fáticos e normativos corresponde ao mesmo significado do conceito de antijuridicidade, a tripartição sistemática se flexibiliza, pois tais conceitos implicam a existência de um tipo global⁴³⁵. Autores como ROXIN destacam a grande incidência desses elementos notadamente no Direito penal secundário⁴³⁶.

Uma das características mais representativas dos tipos do Direito penal socioeconômico, segundo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, em decorrência das especificidades do bem jurídico protegido, é a utilização da técnica de *remissão legislativa*, que abrange as normas penais em branco e os elementos normativos jurídicos, cujos conceitos já foram analisados^{437 438}.

Outro fator peculiar, associado a essa técnica, concerne ao fato de que *as condutas tipificadas passam apenas a ser ilícitas quando violam uma norma regulamentar do Estado*, ou seja, não se trata, em última instância, de proteger o bem jurídico de modo absoluto, mas de defender uma determinada política de exploração ou de uso do bem, já protegida na esfera administrativa.

Paralelamente a essa técnica de tipificação tem se utilizado a inclusão de limites quantitativos em determinadas figuras delitivas, principalmente por construções baseadas no princípio da insignificância, que servem para diferenciar o injusto penal do injusto meramente administrativo. Assim, em diversos casos, o único critério para saber se uma conduta constitui um ilícito administrativo ou um ilícito penal é justamente tal limite quantitativo. Nesse ponto, ganha relevância a discussão de se esse elemento quantitativo constitui um elemento do tipo ou uma condição objetiva de punibilidade, com todas as implicações dogmáticas que isso gera⁴³⁹.

Outra peculiaridade do tipo no Direito penal socioeconômico é a grande incidência de delitos puramente formais, ou seja, carentes de todo o conteúdo de injusto material, o que demonstra que se trata, na verdade, de ilícitos administrativos elevados à categoria de ilícitos penais. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ cita como

⁴³⁵ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 301.

⁴³⁶ Id.

⁴³⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 245.

⁴³⁸ No mesmo sentido, vide TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., p. 36. SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Legislación penal sócio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes em blanco. **Derecho Penal y Criminología**. Madri, v. 49, 1993. p. 39.

⁴³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 262 e ss.

exemplo, na legislação Espanhola, o delito tributário contábil em sua modalidade de não cumprimento da obrigação de manter livros ou registros fiscais⁴⁴⁰.

Verifica-se, claramente, que tais delitos são de mera desobediência, ao contrário do que acontece com os genuínos delitos de perigo abstrato, nos quais, embora o perigo constitua motivo para a elaboração da norma, não sendo necessário aferir sua presença na situação concreta, a tipificação abstrata se justifica pelo fato de que a formulação, em tais casos, de um tipo de perigo concreto representaria a recusa pela proteção do bem jurídico.

Mais uma problemática que se apresenta no âmbito da tipicidade no Direito penal socioeconômico é o fato de que muitos delitos não chegam a apresentar sequer uma lesividade abstrata, levando à ampla utilização de tipos de acumulação. Nesse caso, *a conduta isoladamente considerada não apresenta qualquer lesividade*. Todavia, o legislador faz uma suposição de que se um grande número de agentes realizar a conduta o bem jurídico pode ser afetado. Os tipos de acumulação são muito freqüentes no Direito penal ambiental, conquanto sua presença nos delitos socioeconômicos seja acentuada, sobretudo, naqueles casos em que não se tem uma definição concreta acerca do bem jurídico tutelado.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ aceita, no seio de sua classificação dos bens jurídicos, a possibilidade de que possam existir delitos de acumulação desde a perspectiva do bem jurídico mediatemente protegido, o que aconteceria principalmente nos casos em que o bem diretamente protegido tem caráter individual, como o patrimônio, sendo o interesse coletivo apenas um fator de justificação para a intervenção penal em tais âmbitos⁴⁴¹.

No entanto, não há dúvida de que a possibilidade de que existam delitos de acumulação num Estado de Direito é uma questão discutível, cabendo à doutrina formular alternativas coerentes com o princípio da lesividade. Deve-se mencionar, desde já, que isso implica uma relativização da noção de tipo penal, desde a sua função de facilitar a compreensão por parte do indivíduo da lesividade de sua conduta, assim como de explicitar o sentido do bem jurídico.

Por fim, uma das peculiaridades que mais sobressaem para esta investigação refere-se ao fato de que a grande maioria dos tipos no âmbito dos delitos socioeconômicos não reflete uma lesividade social clara, ao contrário do que

⁴⁴⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 210.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 206.

normalmente acontece no caso dos bens jurídicos individuais. A complexidade da matéria econômica impede que a maioria dos cidadãos, ainda que tenham contato com o tipo penal, possam identificar sua lesividade social desde a perspectiva do bem jurídico.

Diversamente do que acontece com os tipos que tutelam bens jurídicos individuais, em que há certo clamor social no sentido de se incriminar e, inclusive, haver um aumento de pena para determinadas condutas, os delitos socioeconômicos costumam ser definidos por especialistas que seguem, muitas vezes, orientações que não exprimem um sentimento ético-social.

Nesse sentido, PRITTWITZ consigna, ao tratar do Direito penal do risco, que há comportamentos tipificados que não se consideram previamente como socialmente inadequados. Ao contrário, criminaliza-se para ser considerado inadequado⁴⁴².

Essa constatação de PRITTWITZ demonstra que o tipo no Direito Penal socioeconômico muitas vezes pouco comunica, o que acaba por relativizar o caráter preventivo da norma. Além de conceitos inespecíficos, as constatações de acessoriedade administrativa, ausência de concretização do bem protegido e ausência de uma maior plasmação do significado material da conduta, demonstram que o tipo no Direito penal socioeconômico apresenta peculiaridades que precisam ser analisadas com cuidado, sobretudo, pelo fato de que a legitimidade e a liberdade num Estado de Direito são direitos que não podem ser eludidos.

4.3 CONSTATAÇÕES DAS ESPECIFICIDADES DO BEM JURÍDICO E DO TIPO PENAL NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO PELA DOUTRINA

Todas as reflexões realizadas até este ponto têm implicações diretas sobre o modo como deve ser tratado o dolo e o erro no Direito penal socioeconômico. A complexa relação entre bem jurídico imediato e mediato, a inespecificidade dos conceitos típicos, a inexistência de uma clara delimitação entre tipo e antijuridicidade nos elementos de valoração global, a ausência de lesividade das condutas existentes em muitos tipos penais, a inexpressão de um fundamento ético-social no

⁴⁴² PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho Penal. In **Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo**: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Toledo: Universidad Castilla-La Mancha, 2003. p.5.

tipo, a lesividade imposta por uma norma, assim como as inconcretas definições doutrinárias dos elementos normativos, além dos outros fatores referidos nos tópicos anteriores, apontam para a necessidade de uma reflexão sobre se a dogmática tradicional pode ser capaz de resolver adequadamente os problemas gerados por um objeto econômico que reflète as incertezas características das sociedades pós-industriais.

Diante desse cenário crítico, não se pode dizer que a doutrina esteja silente. Ao contrário, cada vez mais surgem manifestações e estudos no sentido de repensar e atualizar conceitos que, por sua estaticidade, nem sempre acompanham o desenvolver dinâmico da sociedade, como se pode depreender do ensinamento de NIETO MARTÍN:

En el ámbito del Derecho Penal esta regulación del error plantea, en primer lugar, un debate político criminal: ¿es correcta la distinción entre ambos tipos de error en un ámbito en el que, a diferencia del Derecho Penal tradicional, la norma de prohibición puede ser más complicada de conocer por parte del ciudadano que los hechos constitutivos de la infracción? A esta cuestión se le añade, otra de índole aparentemente técnico: el tratamiento del error sobre los elementos normativos y las leyes penales en blanco. En el debate doctrinal acerca del tratamiento del error sobre elementos normativos y leyes penales en blanco las consecuencias político criminales de una u otra opción están muy presentes. De este modo, para algunos autores, el tratamiento de estos errores como errores de tipo ayudaría a proporcionar un marco más benévolo para el error en el Derecho Penal económico. Otros en cambio, pretenden conseguir este objetivo haciendo menos rigurosos los criterios de vencibilidad del error de prohibición.⁴⁴³

Já, conforme MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, se o tratamento do erro defendido pela teoria da culpabilidade se considera correto no âmbito dos delitos contra bens jurídicos básicos (conformadores do Direito penal primário), não ocorre o mesmo em relação aos delitos socioeconômicos de novo cunho que, pertencentes ao Direito penal secundário, reclamam um tratamento diferenciado. Como defende, a hipertrofia normativa no terreno do Direito penal socioeconômico e o estado de alerta jurídico em que se vê obrigado a permanecer o cidadão deveriam ser compensados na teoria subjetiva do delito⁴⁴⁴.

BALCARCE trilha no mesmo sentido, ao consignar:

⁴⁴³ NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico Español**. Disponível em: http://www.portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/adan%20nieto%20introduccion%20al%20der.echo%20. Acesso em 09/12/2008. Acesso em 09/12/2008.

⁴⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 402.

En el derecho penal nuclear la idea rectora es que el ciudadano no puede invocar el desconocimiento de las normas de comportamiento del derecho penal porque su conocimiento como normas de comportamiento forma parte del acervo fundamental de la convicción jurídica de cada sociedad, sin la cual no puede existir como comunidad jurídica. Esto no puede mantenerse con el mismo rigor en el derecho penal económico.⁴⁴⁵

No Direito penal secundário, como lembra DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, abundam normas complexas, em constante alteração e com escasso fundamento ético-social, de modo que seu conhecimento é muito mais difícil por parte do cidadão. Além disso, somente com o conhecimento da norma em si mesma considerada (e não dos fatos) é que o sujeito poderá optar por se comportar ou não consoante o Direito⁴⁴⁶.

MUÑOZ CONDE, por seu turno, destaca que toda a construção do instituto do erro no Direito penal foi feita com base nos crimes tradicionais, passando a doutrina, apenas recentemente, a tratar mais detidamente a questão. Diante clareza com que trata o assunto, suas palavras são dignas de transcrição:

(...) Sin embargo, los delitos económicos en general y los fiscales en particular no han servido de modelo escolar, ni de punto de referencia de las complicadas construcciones dogmáticas de la Teoría General del Delito. En el fondo había quizá la sospecha de que no eran auténtico Derecho Penal y, por tanto, carecía de interés comprobar la validez de unas teorías pensadas para unos supuestos de hechos, relativamente constantes en el tiempo en el espacio, que nada tenían que ver con la “artificialidad” de unos delitos cuyo coyuntularismo histórico era de la regulación del fraude fiscal en nuestro Código Penal, el que “extramuros” del Código Penal, prácticamente desconocidas, salvo por muy concretos especialistas en estas materias, a menudo cultivadores de otras ramas del Ordenamiento jurídico distintas y ajenas a los intereses específicos del Derecho Penal. Tal situación se ha modificado en los últimos años. Sin abandonar las preocupaciones por los tipos delictivos tradicionales, que han constituido y constituirán sin duda una parte importante del Derecho Penal, la atención de los penalistas se dirige ahora también hacia esas otras partes del Derecho Penal que están adquiriendo una importancia apenas vislumbrada hace un par de décadas, y que, además, están siendo objeto recientemente de complicadas regulaciones legales difícilmente reconducibles a los viejos moldes utilizados en la descripción de los tipos penales tradicionales. La regulación de los “delitos contra la Hacienda Pública” es una buena prueba de ello.⁴⁴⁷

Em outro trecho, mais adiante, destaca o mesmo autor:

⁴⁴⁵ BALCARCE, ob. cit., p. 145.

⁴⁴⁶ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **El error de prohibición: pasado, presente e futuro.** Granada: LH Torio, 1999. p. 363.

⁴⁴⁷ MUÑOZ CONDE, **El Error en Derecho Penal**, p. 91.

La experiencia enseña 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 constituyen el núcleo de nuestra sociedad. Sin embargo, ultimamente se está produciendo un fenómeno curioso que obliga a replantearse esa experiencia. Desde el punto de vista del Estado se tiende cada vez más a reforzar sus prohibiciones y mandatos con ayuda del Derecho Penal, como es la actividade económica. Se trata de proteger la intervención del Estado en la economía y el derecho de éste a percibir ingresos y a redistribuirlos correctamente a través de una racional planificación del gasto público. La complejidad técnica y la indeterminación de las nuevas normas es una de sus principales características y también de sus defectos. Y es lógico que esta complejidad se compense desde el punto de vista subjetivo dándole mayor relevancia al error del ciudadano sobre la misma.⁴⁴⁸

No Brasil, vale destacar as importantes conclusões que alcança CRUZ, em aprofundado trabalho sobre o tratamento do erro no Direito penal:

A dicotomia entre percepção fática e a compreensão valorativa – cogitada para o Direito Penal Clássico – não pode ser transportada sem maiores ajustes para o Direito Penal Acessório, fundado em tipos penais programáticos. Nesse campo, o Direito Penal é utilizado como instrumento de planejamento social, tutela ‘complexos funcionais’, cuja relevância valorativa ainda não foi totalmente introjetada pela comunidade. De fato, muitas prescrições penais não encontram suporte direto em uma percepção ética espalhada socialmente. Assim, não se ativa uma ‘função de apelo’ que permita reconhecer como proibido determinado comportamento. O Legislador veda condutas que ainda não provacam repulsa no meio social.⁴⁴⁹

De outra via, TIEDEMANN, v.g., critica a doutrina alemã pelo fato de que tem dado pouca importância ao aspecto da peculiar técnica legislativa presente na elaboração das normas penais em branco. Ele alerta que a leitura conjunta de vários preceitos legais ou regulamentares significa uma concretização e, às vezes, uma mudança de sentido que transforma, em tipos descritivos, tipos penais que, em princípio, aparecem muito normatizados⁴⁵⁰.

Além disso, o citado autor, ao tratar do erro sobre os elementos normativos e normas penais em branco, não deixa de destacar o caráter neutro da maioria das condutas tipificadas por tal via⁴⁵¹. Desse modo, já deixa transparecer uma intuição, que será analisada neste trabalho, no sentido de que a fórmula da valoração

⁴⁴⁸ MUÑOZ CONDE, **El Error en Derecho Penal**, p. 101-102.

⁴⁴⁹ CRUZ, ob. cit., p. 309.

⁴⁵⁰ TIEDEMANN, Klaus. **Parte General del Derecho Penal económico**. Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/93/Tiede93.pdf>. Acesso em 10/12/2008.

⁴⁵¹ Id.

paralela na esfera do leigo de MEZGER possui pouco significado no Direito penal socioeconômico.

A partir das observações aduzidas é possível verificar que o significado da discussão possui relevantes aplicações práticas, sobretudo, tendo em vista que, nos delitos socioeconômicos, as condutas imprudentes não costumam ser tipificadas. Sendo assim, entender que um erro sobre um elemento de valoração global do fato, sobre um elemento normativo ou sobre complemento de uma norma penal em branco corresponde a um erro de tipo, implica deixar de punir uma série de condutas, o que pode ser justificado dogmaticamente e sob um viés de política criminal. Além disso, evita-se a discussão sobre a vencibilidade ou invencibilidade do erro, relevante apenas para o erro de proibição.

Na realidade, o que mais importa é que, para a proteção de bens jurídicos de naturezas diversas, são utilizados tipos com estruturas também diversas, o que implica um tratamento dogmático específico em razão das diferenças ontológicas existentes. Assim, independentemente de questões ideológicas ou de caráter político-criminal, mediante análise da própria teoria do crime, constata-se a necessidade de um tratamento específico para o erro em tipos similares aos existentes, majoritariamente, nos delitos socioeconômicos.

4.4 SOLUÇÕES PROPOSTAS PELA DOUTRINA PARA O TRATAMENTO DO ERRO NO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO

Assim, como consignado, diante das peculiaridades dos delitos socioeconômicos vem se defendendo amplamente na doutrina a necessidade de um tratamento diferenciado para o erro nesse setor, diverso daquele usualmente dado para o erro no Direito penal primário. Sendo realidades diversas, deve haver tratamento diverso. A teoria tradicional do erro foi construída com base nas peculiaridades do Direito penal primário, em que albergados os tipos essenciais à ordem social (protegem bens jurídicos básicos). Todavia, a realidade se alterou e o Direito penal se expandiu grandemente, estando presente em setores cada vez mais específicos e complexos.

Diante disso, a doutrina vem apresentando algumas propostas para o tratamento do erro no Direito penal socioeconômico, conforme se passará a analisar.

4.4.1 Realização de alterações legislativas e o Código Penal Português

A primeira proposta para tentar resolver o problema do tratamento do erro no Direito penal socioeconômico sugere que seriam necessárias alterações legislativas, trazendo-se regras distintas daquelas previstas para o Direito penal primário. Propõe-se uma alteração legislativa no sentido de estabelecer que no Direito penal secundário passem a ser adotados critérios coincidentes com os defendidos pela teoria do dolo, mantendo-se a teoria da culpabilidade para os delitos do Direito Penal primário.

Haveria, assim, uma coincidência entre erro de proibição e erro de tipo, ambos produzindo os mesmos efeitos: se o erro é invencível, não há responsabilidade criminal, por ausência de dolo e imprudência; se é vencível, subsiste uma responsabilidade a título de imprudência, sempre que a lei penal preveja um paralelo tipo imprudente. Essa proposta é defendida especialmente por TIEDEMANN⁴⁵².

Importante notar que o ordenamento português já possui previsão específica nesse sentido, adotando 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 que “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”. Fica claro que esse dispositivo não se refere exclusivamente ao Direito Penal socioeconômico e nem mesmo ao Direito Penal secundário, sendo certo, no entanto, que tipos penais com o caráter descrito no artigo sejam freqüentes nesses âmbitos.

A sugestão de alteração legislativa foi proposta por DIAS, na obra “O problema da consciência da ilicitude em Direito penal”⁴⁵³, sendo aplaudida, inclusive, por ROXIN⁴⁵⁴.

Sobre o assunto, vale transcrever as seguintes considerações de seu formulador:

⁴⁵² TIEDEMANN, Klaus. **Estudios Jurídicos**. p. 897.

⁴⁵³ DIAS, **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**.

⁴⁵⁴ ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra, vol. LIX, 1983. p. 27.

Na esmagadora maioria dos casos o elemento intelectual do dolo do tipo será configurado 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 abarca condutas cuja *relevância axiológica* é tão **pouco significativa** que o ilícito é primariamente constituído não só ou nem tanto pela *matéria* proibida, quanto 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 suma 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” (complexo).⁴⁵⁵

Esclarece, ainda, que faltando ao agente o conhecimento da totalidade das circunstâncias, de fato ou de Direito, descritivas ou normativas, do fato, o dolo do tipo não pode afirmar-se. É o que a doutrina portuguesa chama “erro sobre a factualidade típica”.

Na seqüência faz uma dupla prevenção. A primeira, no sentido de que o termo “erro” não foi tomado apenas como uma representação positiva errada, mas também no sentido como uma falta de representação. Em segundo lugar, esclarece que a expressão “exclui o dolo” não significa que um dolo existente foi eliminado, mas sim que o dolo típico não chega a constituir-se quando faltam os seus pressupostos.

4.4.2 Soluções interpretativas

Independentemente de alteração legislativa, a doutrina aponta duas soluções possíveis para tentar tornar mais correto e justo o tratamento do erro no Direito penal socioeconômico. A primeira, atualmente majoritária, pretende qualificar como erro sobre o tipo o erro que recai sobre elementos normativos jurídicos ou sobre a normativa extrapenal que serve de complemento nas leis penais em branco. Já a

⁴⁵⁵ DIAS, *Direito Penal*, p. 363-364.

segunda, propõe qualificar tais erros como erros sobre a proibição, mas com a peculiaridade de ampliar sensivelmente a esfera de invencibilidade do erro.

4.4.2.1 Qualificação como erro de tipo o erro que recai sobre elementos normativos jurídicos ou sobre a normativa extrapenal

Essa primeira proposta constitui o principal objeto da presente investigação. Almeja-se, nesse ponto, fazer uma referência geral a ela.

O que se sugere e se pretende é a redução da órbita de aplicação do erro sobre a proibição em favor do emprego do erro sobre o tipo. Ao se considerar que o erro sobre elementos normativos jurídicos e sobre a normativa extrapenal que complementa a norma penal em branco constitui erro de tipo, na ampla maioria dos casos, o erro levará à não-aplicação da pena, pois, geralmente, no Direito penal socioeconômico não há a previsão de delitos imprudentes.

Consoante MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, entretanto, em alguns casos, a adoção dessa proposta pode levar a um paradoxo, especificamente nas situações em que o legislador tenha, excepcionalmente, tipificado a versão imprudente do delito socioeconômico, e sempre e quando a imprudência merecesse a qualificação de grave⁴⁵⁶. Nessa rara situação, o tratamento como erro de tipo e não como erro de proibição seria mais gravoso.

Diante disso, referido autor sugere, *de lege ferenda*, a modificação dos marcos penais dos aludidos tipos imprudentes, de tal sorte que não ultrapassem a penalidade prevista para as hipóteses de comissão de um fato doloso mediante um erro vencível sobre a proibição. *De lege data*, ter-se-ia que interpretar que nas hipóteses de erro vencível sobre termos normativos jurídicos de delitos que castiguem a versão imprudente tal erro deverá ser qualificado como erro sobre a proibição se as conseqüências jurídicas resultam mais favoráveis ao autor.⁴⁵⁷

Deve-se salientar que essa proposta não se aplica exclusivamente ao Direito penal socioeconômico, embora suas principais teorizações tenham sido elaboradas com base em delitos desse setor.

⁴⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 404.

⁴⁵⁷ Id.

4.4.2.2 Ampliação da esfera de invencibilidade do erro

Essa proposta é defendida especialmente por BAJO, sobretudo, em trabalhos desenvolvidos com SUÁREZ e Silvina BACIGALUPO⁴⁵⁸. Sugerem que na interpretação dos tipos do Direito penal socioeconômico que contenham termos de conteúdo normativo jurídico, os Tribunais deveriam considerar que o erro sempre seria invencível, sobre o pressuposto de que em tais delitos a consciência da antijuridicidade depende do conhecimento da norma. Vale destacar:

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).⁴⁵⁹

De outra via, há uma proposta diversa, que prevê a ampliação dos casos de invencibilidade do erro, formulada para tentar superar a crítica de que os autores de fatos típicos possuem características diversas, com maior ou menor conhecimento da atividade, que vem sendo desenvolvida especialmente por NIETO MARTÍN⁴⁶⁰. Segundo ele, o correto tratamento da vincibilidade do erro no Direito penal socioeconômico deve, necessariamente, levar em conta os diferentes níveis de compromisso que, em relação ao bem jurídico, correspondem a cada um dos autores, algo que, conforme defende, não poderia ser alcançado caso se acolha a teoria do dolo ou a proposta de outorgar ao erro sobre elementos normativos jurídicos o tratamento previsto para o erro sobre o tipo.

Sustenta, então, que deveria ser fixado um critério distinto de evitabilidade conforme a condição do autor. Seriam invencíveis os erros em que incorrem “profanos que atuam ocasionalmente em campos penais muito específicos, salvo conhecimento seguro da antijuridicidade”⁴⁶¹. Assim, seriam alcançados resultados similares aos que se conseguiriam por meio da teoria do dolo ou da teoria do erro sobre elementos normativos, mas com a vantagem de que não outorgaria privilégio

⁴⁵⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. Madri: Civitas, 1978. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GONZÁLEZ SUÁREZ, Carlos. **Manual de Derecho penal**: Parte Especial. vol. II. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

⁴⁵⁹ BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, ob. cit., p. 185.

⁴⁶⁰ NIETO MARTÍN, **El conocimiento del derecho**.

⁴⁶¹ NIETO MARTÍN, **El conocimiento del derecho**, p. 185 e ss.

algum aos profissionais despreocupados, casos em que suas dúvidas determinariam não só a ocorrência de um erro vencível, mas geralmente a presença de um pleno conhecimento da antijuridicidade.

4.4.3 Tratamento dado ao assunto pela doutrina brasileira

A problemática do erro no Direito penal socioeconômico, bem como o tratamento, especificamente, do erro sobre os elementos normativos jurídicos, sobre o complemento das leis penais em branco e sobre os elementos de valoração global, salvo raras exceções, não são profunda e adequadamente tratados pela doutrina brasileira. Nesse ínterim, todavia, algumas notáveis exceções são dignas de registro, pois buscam alcançar um tratamento mais adequado ao assunto no Brasil.

Destarte, pode-se mencionar a já não tão recente proposta de TAVARES que, após distinguir erro de proibição de erro de mandado, consigna que o desconhecimento do dever de prestar informações ao fisco ou de recolher contribuições, *v.g.*, não constitui erro de mandado, mas sim erro de tipo:

Em alguns casos, não será fácil distinguir erro de tipo e erro de mandado, principalmente quando, como se verifica no chamado Direito Penal econômico, o sujeito não pode conhecer a ação que lhe é imposta e que, portanto, deve praticar, sem conhecer previamente o dever de realizá-la. Neste particular, a jurisprudência alemã, por exemplo, vem acentuando tratar-se de erro de tipo, excludente do dolo, o desconhecimento dos deveres de prestar declaração ou informação ao fisco, ou de registrar estoque, ou da obrigatoriedade de informar ao censo etc. Esta matéria não é nova no Brasil, onde a partir de 1990 começaram a brotar desordenadamente tipos penais omissivos em matéria tributária e previdenciária, nos quais a omissão está vinculada necessariamente ao conhecimento prévio do dever de agir, por ser este mesmo constitutivo da própria incriminação. Nesses casos, o desconhecimento de dever de prestar informações ao fisco, ou de recolher contribuições, por exemplo, não será erro de mandado, mas erro de tipo que exclui o dolo.⁴⁶²

O que mais vale destacar da precisa lição de TAVARES é o seu esclarecimento acerca do fato de que para que se conheça, em alguns casos, a descrição típica, é preciso conhecer um determinado dever de realizar a conduta. Além disso, bem expõe que o dever, nesses casos, é um elemento constitutivo do

⁴⁶² TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino- Americano de Cooperação Penal, 1996. p. 99.

tipo legal, o que impõe, sem nenhuma espécie de elucubração teórica, que tal erro seja tratado como erro de tipo por própria exigência legal.

Com efeito, uma vez que, conforme já afirmado, a diferença entre erro de tipo e de proibição não se confunde com a vetusta diferenciação romanística entre erro de fato e de Direito, não há como deixar de tratar como erro de tipo o erro sobre um dever jurídico que seja constitutivo do tipo legal.

Por seu turno, MACHADO, ainda no contexto dos delitos tributários, afirma que o erro na interpretação da lei tributária, ou a ignorância desta, não se confunde com o erro ou a ignorância da lei penal. Conforme afirma, o Código Penal vigente diferenciaria o erro sobre elementos do tipo (artigo 20) do erro sobre a ilicitude do fato, atribuindo a cada qual conseqüências penais distintas. Assim, um erro sobre a lei tributária configuraria erro sobre elemento constitutivo do tipo, ao passo que o erro sobre o preceito penal constituiria erro de proibição. Em suas palavras:

No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, podemos dizer que o erro de tipo é o situado nas questões de Direito Tributário, como as de saber se determinado tributo deve ser calculado desta ou daquela forma, com esta ou aquela base de cálculo, ou alíquota, ou de saber se em uma venda ao consumidor é obrigatória a emissão da nota fiscal, ou se é válida a nota fiscal simplificada, ou mesmo o cupom de máquina registradora, ou outro equipamento. Já o erro de proibição reside apenas nas questões de Direito Penal, como as de saber se é crime, ou não, a supressão ou a redução do tributo, ou se o crime de a falsificação de um documento fiscal é ou não elemento do crime de supressão ou redução de tributo.⁴⁶³

MACHADO é tributarista por formação - aliás, dos mais destacados do país -, que tem escrito, há pouco, sobre crimes contra a ordem tributária. Vale desde já ressaltar que, mais empiricamente do que com base na moderna teoria do crime, teve o êxito de perceber que o erro sobre a normativa extrapenal que serve de complemento às leis penais em branco constitui erro de tipo. Todavia, pecou ao considerar que todo o erro sobre a lei penal seria erro de proibição quando, na verdade, pode sim, em alguns casos, constituir erro sobre o tipo.

De fato, percebe-se na argumentação de MACHADO a comparação entre erro de proibição e erro da proibição penal, além de equiparar automaticamente um erro de subsunção a um erro de proibição. No entanto, um erro de interpretação da lei (erro sobre o significado da norma) é um erro de subsunção que, conforme o

⁴⁶³ MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

caso, pode ser irrelevante, causar um erro de proibição ou mesmo erro de tipo, como ensina SANTOS:

Valorações jurídicas errôneas representam, em regra, erro de subsunção (às vezes erro de proibição), mas podem significar, excepcionalmente, erro de tipo, como na subtração de coisa alheia suposta como própria, por errônea interpretação jurídica⁴⁶⁴.

Já no que tange à existência de uma antijuridicidade especificamente penal, há de se ponderar que, embora tal pensamento seja defendido por um seguimento minoritário da doutrina alemã, sendo, provavelmente o trabalho de GÜNTHER o de maior expressão nesse campo⁴⁶⁵, a doutrina majoritária não tem aceito qualquer tipo de antijuridicidade especificamente penal⁴⁶⁶, conforme bem explica SANTOS:

A unidade do ordenamento jurídico parece constituir axioma do pensamento jurídico moderno, e a regra de que a juridicidade ou antijuridicidade de qualquer ação é válida para o direito em geral, exclui a hipótese de antijuridicidades específicas, eliminando assim, a possibilidade de contradições no Direito.⁴⁶⁷

Um autor que tratou especificamente do erro de tipo no Direito penal socioeconômico foi ALMEIDA. Conclui ele que o erro que recai sobre os elementos descritivos e sobre os elementos normativos culturais é sempre erro de tipo. Entende, ainda, que o erro que recai sobre os elementos normativos jurídicos e sobre os elementos de valoração global do fato também constitui erro de tipo, mas ressalta que, em relação aos últimos, se o erro incide não sobre os pressupostos materiais da valoração jurídica, mas somente sobre a própria valoração, caracteriza-se um erro de proibição. No tocante aos elementos de valoração global do fato, em se verificando a sua indivisibilidade, defende que há que se reconhecer o erro de tipo na medida em que a ausência de representação ou a falsa representação atinge o conhecimento do significado social da conduta. Por fim, defende que o erro que recai sobre o complemento das normas penais em branco, pode ser erro de tipo ou

⁴⁶⁴ SANTOS, ob. cit., p. 155.

⁴⁶⁵ Ver explicações da tese de GÜNTHER em ROXIN, Claus. **La Teoría del Delito en la discusión actual**. Trad. Manuel Albanto Vásquez. Lima: Grijlei, 2007. p. 247-252.

⁴⁶⁶ Por óbvio, não se parte aqui do pressuposto de que a existência de uma antijuridicidade especificamente penal seja algo que não deva ser investigado, ou mesmo uma tese incorreta. Todavia, sua aceitação ainda depende de melhores fundamentações por parte da doutrina.

⁴⁶⁷ SANTOS, ob. cit., p. 228.

erro de proibição, conforme se referir aos elementos do tipo complementar ou sobre a sua própria existência.⁴⁶⁸

Por seu turno, CRUZ, em sua já referida dissertação sobre o erro no Direito penal, considera que o erro sobre os elementos de valoração global do fato divisíveis pode constituir tanto erro de tipo como erro de proibição, conforme se trate de um erro sobre o substrato da valoração ou sobre a valoração do substrato. Quanto ao erro sobre os elementos de valoração global do fato indivisíveis, adota o posicionamento de ROXIN, ao tratar do delito de sonegação fiscal, no sentido de que o dolo de quem crê não dever imposto algum, ainda que seja em decorrência de considerações jurídicas errôneas, não abarca sequer profanamente aquele prejuízo ao fisco que é próprio desse delito. Por fim, também em consonância com o posicionamento de ROXIN, acerca das leis penais em branco, entende que um erro sobre a existência da norma integradora ou a suposição de uma causa de justificação inexistente será erro de proibição, ao passo que o erro sobre as circunstâncias do fato da norma integradora exclui o dolo⁴⁶⁹.

Por fim, RIOS, em interessante artigo sobre o tipo subjetivo no delito tributário, já em 2005, expôs toda a problemática envolvida no tratamento do erro no Direito penal socioeconômico, apontando a necessidade de prevalência do erro de tipo em face do erro de proibição⁴⁷⁰.

4.5 O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO ERRO NO DIREITO PENAL SOCIOECONÔMICO

Pretende-se analisar neste tópico qual o melhor tratamento a ser dado ao erro no Direito penal socioeconômico, conforme as propostas que vêm sendo formuladas pela doutrina, em razão das peculiaridades dos delitos desse setor.

De início, vale lembrar as especificidades dos bens jurídicos e tipos socioeconômicos (não presentes em todos os delitos e nem todas as características simultaneamente) em que foram constatadas ao longo do trabalho:

⁴⁶⁸ ALMEIDA, ob. cit., p. 119-120.

⁴⁶⁹ CRUZ, ob. cit., p. 289 e ss.

⁴⁷⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. Relevantes aspectos do tipo subjetivo no delito tributário. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; SANT'ANNA, Carlos Soares (Cord.). **Direito Penal Tributário**. São Paulo: MP, 2005. p. 379-398.

a) o conteúdo axiológico do bem jurídico socioeconômico encontra-se vinculado a uma determinada política econômica que, por sua vez, desenvolve-se imersa no campo de incertezas próprio da economia;

b) as teorizações econômicas são extremamente voláteis, alterando-se constantemente, conforme os interesses e ideologias econômicas predominantes num dado momento histórico;

c) a proteção o bem jurídico socioeconômico tem de ser realizada de modo diverso da tutela dos bens jurídicos individuais, sendo que o conteúdo integral do ilícito dos delitos coletivos terá, freqüentemente, de se exprimir em função de normas extrapenais, especialmente administrativas;

d) há a necessidade de uma grande quantidade de ações típicas similares para que possa existir uma efetiva lesão, sendo que uma conduta típica isolada pode não possuir nenhuma lesividade ao bem jurídico que se visa proteger;

e) entende-se suficiente um ataque de menor intensidade ao bem jurídico protegido, inexistindo qualquer injusto material, com a incorporação explícita ao injusto de elementos típicos normativos de atitude, ou seja, elementos de valoração sobre a potencialidade lesiva do agente, cuja ocorrência terá de ser constatada pelo juiz;

f) o bem jurídico socioeconômico é um fenômeno de natureza complexa e imposto pelo Estado conforme a ideologia econômica vigente, compreensível por um segmento limitado de cidadãos, normalmente não exprimindo um fundamento ético-social arraigado na comunidade em geral e existente previamente na sociedade;

g) o bem jurídico socioeconômico possui uma natureza conflitiva, pois, em muitas vezes, o perigo é causado por ações legítimas, socialmente adequadas e, possivelmente, indispensáveis;

h) o bem jurídico socioeconômico apresenta um elemento institucional;

i) há uma grande indeterminação de conceitos nos tipos penais socioeconômicos;

j) há a predominância de elementos de valoração global do fato no âmbito do Direito penal socioeconômico, encontrando-se no próprio tipo elementos da antijuridicidade, demonstrando a utilização de conceitos inespecíficos, em que a valoração dos pressupostos fáticos e normativos corresponde ao mesmo significado do conceito de antijuridicidade;

l) as condutas tipificadas passam apenas a ser ilícitas quando violam uma norma regulamentar do Estado, ou seja, não se trata, em última instância, de tutelar o bem jurídico de modo absoluto, mas de defender uma determinada política de exploração ou de uso do bem, já protegida na esfera administrativa.

m) há a constante inclusão de limites quantitativos em determinadas figuras delitivas, principalmente por construções baseadas no princípio da insignificância, que servem para diferenciar o injusto penal do injusto meramente administrativo, sendo o único critério para saber se uma conduta constitui um ilícito administrativo ou um ilícito penal justamente tal limite quantitativo;

n) há grande incidência de delitos de acumulação, em que não há sequer uma lesividade abstrata na conduta em si considerada;

o) a grande maioria dos tipos no âmbito dos delitos socioeconômicos não reflete uma lesividade social clara, ao contrário do que normalmente acontece no caso dos bens jurídicos individuais, sendo que a complexidade da matéria econômica impede que a maioria dos cidadãos possa identificar sua lesividade social.

Tendo isso em vista, pode-se passar à análise das propostas apresentadas pela doutrina para o tratamento do erro no Direito Penal socioeconômico.

A primeira proposta que será analisada é a de realização de alteração legislativa, no sentido de adotar, para o tratamento do erro no Direito penal socioeconômico, critérios similares ao da teoria do dolo. Como visto, nesse sentido, o artigo 16-1 do Código Penal português estabelece que “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”.

Como assevera MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁴⁷¹, essa parece, realmente, a alternativa mais lógica. Como já consignado, idealizada por DIAS, a proposta foi aplaudida por ROXIN, sendo defendida por autores como TIEDEMANN.

As objeções que se fazem são no sentido de que sua aceitação passaria pelo complicado tema da independência entre Direito penal primário e secundário, buscando soluções dogmáticas diversas para cada um desses setores⁴⁷².

⁴⁷¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 181.

⁴⁷² ALMEIDA, ob. cit., p. 86.

Essa crítica, porém, não possui razão de ser, principalmente, porque o dispositivo mencionado da legislação portuguesa não diferencia entre Direito penal primário ou secundário, sendo aplicável a ambos os setores, uma vez que, como já referido, há, excepcionalmente, no âmbito clássico, delitos que se enquadram perfeitamente no mencionado artigo da legislação portuguesa.

De qualquer forma, certo é que no Brasil não existe dispositivo similar e, além disso, como se verá, há meios de se alcançar os mesmos resultados com a aplicação da lei do modo como posta atualmente, consoante a melhor dogmática penal.

Com relação à proposta de ampliação da esfera de vencibilidade do erro, a primeira crítica que se faz, advinda de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, é que parte de uma concepção de culpabilidade que merece reparos sob a perspectiva de sua compatibilidade com o princípio de culpabilidade, tendo em vista que comporta uma exceção ao princípio de coincidência entre culpabilidade e fato. Além disso, na legislação espanhola, o que também vale para a brasileira, não há diferenciação a respeito da invencibilidade ou vencibilidade em atenção à espécie delitiva de que se cuida⁴⁷³.

Realmente, o artigo 21, parágrafo único, do Código Penal brasileiro, traz um único critério para essa distinção, determinando que se considera evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da antijuridicidade do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. Assim, seus termos têm de ser tratados da mesma maneira tanto no Direito penal socioeconômico quanto no Direito penal primário.

Sob o ponto de vista político-criminal, seria igualmente duvidosa, pois, embora amplie os casos de erro invencível, subsistirão os casos de erro vencíveis, que terão de ser punidos. No entanto, caso se adote a teoria que privilegia o erro de tipo, o erro evitável seria unicamente punido nos casos excepcionais em que a lei taxativamente assim o declare, ao prever o correspondente delito imprudente. Além disso, nos casos de erro invencível se incluiriam supostos muito diferentes, desde casos materialmente claros de vencibilidade, em que o autor manifesta suas dúvidas acerca da antijuridicidade de seu comportamento, até casos inequívocos de invencibilidade, nos quais não parece satisfatório chegar à conclusão de que se

⁴⁷³ Nesse sentido, vide MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho Penal Económico y de la Empresa**, p. 417.

cometeu um fato típico e antijurídico e, conseqüentemente, castigar as formas de participação⁴⁷⁴.

A aceitação dessa proposta pode levar a extremos indesejáveis, como assinala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, pois no Direito penal socioeconômico nem todos os delitos tutelam bens jurídicos da mesma natureza e transcendência. Igualmente, nem todos os autores de fatos típicos apresentam características uniformes na realidade criminológica, podendo a autoria ocorrer tanto no âmbito de uma empresa que conta com qualificados assessores jurídicos, como ser atribuída a um cidadão, leigo em Direito, que ocasionalmente esteve em posição de afetar um bem jurídico tutelado⁴⁷⁵.

A proposta de NIETO MARTÍN, por sua vez, esbarra na letra da lei, pois não há como se diferenciar entre profissionais com maior grau de compromisso com o bem jurídico tutelado e leigos que, ocasionalmente, estiveram em posição de lesá-lo. Não se pode olvidar, ainda, que há profissionais com graus de conhecimento diferenciado, o que não pode deixar de ser considerado.

Diante disso, e conforme se passará a analisar, a mais adequada é a proposta que estabelece que no erro sobre os elementos normativos jurídicos, sobre o complemento das leis penais em branco e sobre os elementos de valoração global do fato se privilegie o erro de tipo em face do erro de proibição. Como se verá, além de ser a político-criminalmente mais adequada, por ser mais favorável ao réu, o seu emprego decorre da própria teoria do crime, amoldando-se à teoria limitada da culpabilidade e, conseqüentemente, à legislação brasileira em vigor.

4.5.1 O tratamento do erro sobre os elementos normativos jurídicos, sobre o complemento das leis penais em branco e sobre os elementos de valoração global do fato diante das especificidades do Direito penal socioeconômico

4.5.1.1 Fixação de algumas premissas indispensáveis

Antes de se analisar qual o tratamento mais adequado a ser dispensado ao erro sobre os elementos normativos jurídicos do tipo, sobre o complemento das leis penais em branco e sobre os elementos de valoração global do fato no Direito Penal

⁴⁷⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, p. 417.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 414.

socioeconômico, faz-se necessário firmar algumas premissas essenciais, de modo a tornar evidentes as razões de adoção da postura que será tomada.

Consoante a moderna teoria do crime, não há grandes polêmicas ao se reconhecer que o *tipo penal tem (ou deveria ter) uma função de motivação*. Ademais, de acordo com ROXIN, *as ações que se subsumem ao tipo* expressam alguns elementos fundamentais comuns: mereceram a reprovação do legislador e são consideradas, portanto, *socialmente danosas e materialmente contrárias ao Direito*⁴⁷⁶. A descrição típica refere-se a uma conduta que seja socialmente desvalorada, que represente uma lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico (tipo de injusto). Tanto é assim que o princípio da adequação social estabelece que ações realizadas *no contexto da ordem social histórica da vida* são ações socialmente adequadas e, portanto, atípicas, ainda que correspondam à descrição de um tipo legal. SANTOS consigna, ainda, que, sem dúvida, a *adequação social* é um princípio geral que orienta a criação e a interpretação da lei penal⁴⁷⁷. Isso é perfeitamente claro em tipos como matar alguém, subtrair coisa alheia móvel, provocar aborto, constranger alguém mediante seqüestro, dentre tantos outros exemplos do Código Penal.

É de se notar - e isso é um fator central - que o tipo penal apenas pode existir como tipo de injusto, porque é utilizado para descrever condutas que já estão previstas em outros setores do ordenamento jurídico, o que é uma consequência do princípio da subsidiariedade. Para que fique claro: do fato de não existirem “bens jurídico-penais”, mas “bens jurídicos” protegidos de modo subsidiário pelo Direito penal⁴⁷⁸, decorre que o tipo penal, entendido como expressão de tal proteção subsidiária, já traz consigo um desvalor jurídico preliminar, que possibilitará afirmar que toda conduta típica é antijurídica, salvo a ocorrência de um preceito permissivo⁴⁷⁹.

Isso significa que o tipo penal deve descrever um fato e circunstâncias que são relevantes para o juízo de antijuridicidade. Entretanto, *não se pode cair no sutil engano de acreditar que exista uma implicação necessária entre a constatação por*

⁴⁷⁶ ROXIN, **Teoria del tipo penal**, p. 277.

⁴⁷⁷ SANTOS, ob. cit., p. 6-7.

⁴⁷⁸ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, ob. cit., p. 486.

⁴⁷⁹ Deve-se notar que a norma subjacente ao tipo penal apenas teria uma função constitutiva na medida em que o bem jurídico passaria a receber uma excepcional tutela do Direito penal. Nesse sentido, vide ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, ob. cit., p. 487.

parte do agente de todas as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade com o próprio juízo, conforme explica HRUSCHKA:

Cuando la teoría de la culpabilidad llama la atención sobre la distinción entre dolo y conciencia de la antijuridicidad, está haciendo uso de la diferencia genérica entre la representación de un hecho y de circunstancias que son relevantes para el juicio de antijuridicidad y el juicio de antijuridicidad propiamente dicho.⁴⁸⁰

Não se pode confundir o conhecimento do objeto com a própria valoração do objeto. Tem-se, ainda, uma oposição entre o conhecimento de *circunstâncias relevantes* e de *circunstâncias não relevantes* para o juízo de antijuridicidade. Com base nessa constatação, verifica-se um problema da teoria *estricta* da culpabilidade, que não considerou a questão de que o juízo de antijuridicidade apenas pode existir caso o autor conheça tudo o que é relevante para tal juízo:

O concepto de dolo expuesto más arriba es el desarrollo, ulterior y forçoso, del concepto de dolo, del que parte también la teoría *estricta* de la culpabilidad, pero que, a diferencia del concepto de dolo de esta teoría, tiene en cuenta *plenamente* la diferencia fundamental entre juicio de constatación y de valoración.⁴⁸¹

Diante disso, é possível entender porque o agente deve conhecer os pressupostos objetivos de uma causa de justificação para que seja possível a configuração do dolo. Com efeito, o agente só pode valorar (juízo de valoração) sua ação como antijurídica se representar que a situação fática em que ele se encontra não é uma situação de legítima defesa (constatação de uma circunstância relevante).

Pode-se concluir que *o tipo penal deve descrever um fato e circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade, o que necessita ser abarcado pelo dolo do autor. Há situações em que o fato já traz implícitas as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade. Em outras, entretanto, isso não ocorre, pois o fato descrito pelo tipo pode ser neutro, não contendo nenhuma circunstância implícita relevante para o juízo de antijuridicidade, o que obriga o legislador a se valer de termos como ilegal, proibido e ilícito.*

⁴⁸⁰ HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal**: Estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 135.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 138.

Com essas noções em vista, fica mais clara a problemática envolvida nos delitos econômicos.

O artigo 7º, inciso V, da Lei 8137/ 90, *v. g.*, descreve a conduta de *elevantar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais*. Percebe-se que se o termo *ilegal* for retirado do tipo penal, ele não se enquadraria nos critérios expostos acima, pois a conduta descrita não contém qualquer *circunstância relevante* para que o autor possa realizar o juízo de antijuridicidade. Sem o termo *ilegal* há apenas a descrição de uma atividade lícita.

Logo, tão-somente a partir do *conhecimento de uma norma* – 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 ilegal no tipo. Com o emprego de tal termo, tem-se a descrição de uma atividade considerada socialmente danosa e materialmente antijurídica, uma vez que a cobrança de juros ilegais já está proibida por outros setores do ordenamento, o que, em tese, preserva o caráter de subsidiariedade do Direito Penal. Com esse raciocínio, verifica-se que não é desnecessária a inserção do termo ilegal, pois não há outra forma de tipificar uma atividade lícita que o Estado pretenda regulamentar a ponto de utilizar um instrumento de *ultima ratio* como o Direito Penal.

O mesmo ocorre com o artigo 22 da Lei n. 7.492/86, que descreve a conduta de efetuar operação de câmbio *não autorizada* com o fim de promover evasão de divisas do País. Basta retirar o termo *não autorizada* para que a descrição deixe de conter qualquer *circunstância relevante* para o juízo de antijuridicidade, o que obriga, novamente, o *conhecimento de uma norma*.

Deve-se observar, no entanto, que o conhecimento de uma norma não implica, necessariamente, o juízo de antijuridicidade, uma vez que, conforme claramente exposto por HRUSCHKA, não se pode confundir *juízo de constatação* com *juízo de valoração*. Um juízo não é uma mera compreensão de um pensamento, mas a admissão de sua verdade.

Um juízo é uma tomada de postura que alguém tem diante de uma situação. É óbvio, no entanto, que antes de se julgar o conteúdo de uma proposição como verdadeiro ou como desvalioso, no caso de uma proposição normativa, é preciso que antes o agente conheça o sentido da proposição.

Sendo assim, *todo estado de coisas, coincidente com o sentido e significado material dos elementos do tipo, presente na situação de fato (composta pela realidade objetiva do ser e/ou pela realidade objetiva das normas), que é relevante para a orientação de consciência do autor a respeito da potencial antijuridicidade deve ser considerado integrante do tipo, uma vez que lhe constitui.*

Só com a representação adequada do fato e de todas as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade é que o autor pode orientar sua consciência, optando por se comportar ou não conforme o Direito.

Nos exemplos utilizados, o conhecimento da lei que define uma operação de câmbio não autorizada, assim como da que determina o que se deve entender por juros ilegais, é considerado uma circunstância relevante para o juízo de antijuridicidade, integrante do tipo, já que sem esse conhecimento o único juízo que o autor pode formular é o de que é verdade que ele está cobrando taxas de juros ou executando uma operação de câmbio, mas não pode compreender o significado social efetivo de sua conduta.

4.5.1.2 O objeto do elemento intelectual do dolo no Direito Penal socioeconômico – Quando o conhecimento da proibição legal integra o dolo sem que se trabalhe com a noção de *dolus malus*

Diante do que foi fixado no tópico anterior, já é possível vislumbrar a postura que se adota com relação ao objeto intelectual do dolo, de um modo geral, e, especialmente, no Direito Penal socioeconômico. De qualquer forma, é importante deixar isso bastante claro.

Como visto no segundo capítulo, a doutrina majoritária entende que o dolo deve referir-se ao significado material de todos os elementos do tipo objetivo. Nos elementos descritivos, que pressupõem um conhecimento espiritual, o agente deve ter entendido seu significado natural. Nos elementos normativos, exige-se pleno conhecimento de seu significado, mas não é necessário que o autor conheça a definição jurídica do conceito correspondente, bastando que vislumbre, por si próprio, em seu nível de compreensão, o significado material do elemento normativo descrito no tipo (valoração paralela na esfera do leigo)⁴⁸². Presume-se, assim, que

⁴⁸² JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, p. 316.

por uma valoração paralela dos fatos, leigamente, poder-se-ia alcançar o conhecimento do significado do elemento normativo típico. Com base nisso, seria possível compreender o significado social de sua conduta.

Com efeito, para ROXIN, o dolo deve abarcar os fatos externos junto com seu significado social. Há casos, no entanto, segundo ele, em que o conteúdo do sentido social não pode ser entendido sem uma determinada qualificação jurídica. Então, a qualificação jurídica acertada pertence à compreensão intelectual da circunstância do fato de que se trate e é requisito do dolo⁴⁸³.

A postura que aqui se defende gera efeitos bastante próximos aos obtidos com a proposta de ROXIN. Diante do que foi consignado no tópico anterior, entende-se que *o componente intelectual do dolo deve abarcar o conhecimento de todo estado de coisas, coincidente com o sentido e significado material autêntico dos elementos do tipo, presente na situação de fato (composta pela realidade objetiva do ser e/ou pela realidade objetiva das normas), incluindo todas as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade.*

É importantíssimo notar que em alguns casos a única circunstância relevante para o juízo de antijuridicidade é o conhecimento da própria proibição penal. Quando a conduta é axiologicamente neutra, como ocorre em diversos delitos socioeconômicos, o dolo deve abarcar a própria proibição legal. Faltando o conhecimento desta, o agente não tem todos os dados para a correta ou incorreta orientação da sua consciência. Sem o conhecimento da proibição legal, único elemento que funda o desvalor da conduta, não possuindo esta, paralelamente, um desvalor em qualquer outra ordem com relevância ética (moral, cultural ou social), o autor não pode conhecer o significado social de sua ação, vale dizer, não tem como cogitar que pode estar tomando uma atitude contrária ao Direito.

São esses os casos de erro sobre a proibição, em que, ao contrário dos de verdadeira e própria falta de consciência da antijuridicidade, o estado de coisas em si mesmo não permite que o agente possa a vir realizar uma valoração – moral, cultural ou social – na qual se contém já a valoração jurídica do injusto, em que a este não corresponde, em outra esfera, um desvalor moral, social ou cultural, que lhe dá, antes e além do Direito, relevância axiológica, razão pela qual precisa o agente, em absoluto, conhecer a proibição.

⁴⁸³ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 462.

Cabe, pois, tratar esses erros no campo do dolo. Uma vez conhecido o estado de coisas e a proibição legal pelo agente, se põe, então, nesses casos de neutralidade axiológica da conduta típica, o problema da consciência da antijuridicidade, podendo o agente atuar ou não com uma consciência-ética juridicamente valiosa ou desvaliosa. O problema da falta de consciência da antijuridicidade é, pois, uno quanto ao seu tratamento, nos casos de neutralidade axiológica ou não da conduta, apenas sendo necessário, no primeiro dos casos, que ao correto conhecimento do estado de coisas se junte o conhecimento da proibição legal, fundamento (único fundamento) do desvalor ético da conduta em causa.

Em síntese, o elemento intelectual do dolo deve compreender a representação do estado de coisas, consubstanciado por fatos naturais e/ou normas, coincidentes com o significado e sentido dos elementos do tipo, incluindo todas as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade, ou seja, que permita ao autor realizar um juízo de consciência, optando por se comportar ou não conforme o Direito, sendo que, no caso de condutas axiologicamente neutras, isso só é possível com o conhecimento da proibição legal.

Especificamente quanto aos elementos normativos, o dolo deve abarcar o conhecimento do sentido e significado material dos elementos do tipo (que necessita descrever fatos e circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade), presentes na situação de fato (composta pela realidade objetiva do ser e/ou pela realidade objetiva das normas), de acordo com a linguagem do sujeito. Quando se tratar de um elemento normativo que não seja de comum apreensão social, faz-se imprescindível a compreensão do sentido técnico específico.

4.5.1.3 O erro sobre os elementos normativos jurídicos do tipo e o Direito Penal socioeconômico, bem como casos em que o conhecimento da própria proibição penal deve ser tratado no âmbito do dolo

Fixado o objeto intelectual do dolo, fica claro o posicionamento que se adota a respeito do erro de tipo e, especificamente, quanto ao erro sobre os elementos normativos jurídicos. Não é simplesmente pela autoridade de ROXIN, mas por sua efetiva consistência dogmática, que seu posicionamento é o adotado majoritariamente pela doutrina. No entanto, com base nas especificidades apontadas dos bens jurídicos e dos tipos socioeconômicos, bem como das

premissas fixadas nos tópicos anteriores, acredita-se que se pode trazer alguns esclarecimentos a respeito de seu posicionamento, especialmente, com base nas contribuições de DANSTÄDT e DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO.

Como consignado, ROXIN defende que a compreensão intelectual que caracteriza o dolo típico nos elementos normativos não significa uma subsunção jurídica exata dos conceitos empregados pela lei, bastando que o conteúdo de significado social do aludido fato incriminado com esses conceitos se abra à compreensão do sujeito. A valoração paralela corresponde, portanto, ao conhecimento necessário para o dolo, porque o objeto do dolo não são os conceitos jurídicos ou a antijuridicidade da ação, mas as circunstâncias de fato, isto é, *os fatos externos junto com seu significado social*⁴⁸⁴.

Adverte, no entanto, que há casos em que o conteúdo de sentido social não pode ser entendido sem uma determinada qualificação jurídica. Então, a qualificação jurídica acertada pertence à compreensão intelectual do dolo. Cita como exemplo o já referido caso de quem se equivoca sobre o caráter alheio de algo. Segundo ele, portanto, não é correto dizer que as valorações jurídicas errôneas caracterizariam sempre apenas erros de subsunção e, às vezes, erro de proibição. Depende: quando o sentido social de uma circunstância de fato é compreensível e se compreende sem conhecimento do conceito jurídico que a caracteriza, as falsas interpretações jurídicas deixam intacto o dolo. Quando, ao contrário, uma concepção jurídica equivocada veda ao sujeito o sentido social de sua atuação, tal erro exclui o dolo em relação ao elemento normativo em questão. ROXIN deixa claro que o dolo, no Direito penal alemão vigente, está concebido, na perspectiva do saber, como conhecimento dos fatos sociais junto com seu sentido social, não da proibição jurídica⁴⁸⁵.

Realmente, não há como se conceber que o dolo deva abarcar, em todos os casos, a qualificação jurídica exata dos elementos normativos. No entanto, com base na teoria de SEARLE, pode-se consignar que há fatos externos que só existem sob o pressuposto de uma norma, que pode ser jurídica. Assim, para conhecer os próprios fatos externos, é possível que seja necessário o conhecimento do significado de um elemento normativo jurídico.

⁴⁸⁴ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 460.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 462-463.

Mais preciso do que falar em conhecimento do significado social, como já se deixou evidenciado com base no posicionamento de DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, é referir-se a conhecimento do sentido e significado material dos elementos do tipo, relevantes para o juízo de antijuridicidade, presentes na situação de fato (composta pela realidade objetiva do ser e/ou pela realidade objetiva das normas), de acordo com a linguagem do sujeito.

Além disso, deve-se constatar que há casos em que o conhecimento da própria proibição penal constitui uma circunstância relevante para o juízo de antijuridicidade, o que ocorre nas hipóteses em que a ação é axiologicamente neutra, sobretudo, nos delitos de infração de dever.

As premissas fixadas no tópico 4.5.1.1 deixam claros os fundamentos dessas conclusões. É imprescindível diferenciar o *conhecimento de circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade* e o próprio *juízo de antijuridicidade*. No caso do delito tributário, a necessidade do agente ter ciência, por meio do conhecimento de uma lei, do seu dever de pagar determinado tributo, corresponde ao conhecimento de uma circunstância relevante para o juízo de antijuridicidade e não o próprio juízo de antijuridicidade.

Essa posição permite que se trabalhe mais claramente a crise em que entra o sistema tradicional de tratamento do erro quando o objeto da falsa representação subjetiva não está constituído por uma realidade objetiva do ser, mas pela realidade – também objetiva – das normas, o que, ao contrário do Direito Penal primário, ocorre, freqüentemente, no Direito Penal econômico.

O estado de coisas a que se refere o tipo legal pode ser composto por uma realidade objetiva do ser e/ou por uma realidade objetiva das normas. Ocorre que há casos em que a realidade objetiva das normas é necessária para que seja possibilitado ao agente representar o próprio fato e/ou o sentido e significado material dos elementos do tipo, relevantes para o juízo de antijuridicidade. Nessas hipóteses, não é possível representar o significado do tipo mediante um juízo paralelo da realidade objetiva do ser, sendo necessária a compreensão exata do elemento normativo jurídico.

Consegue-se, ainda, esclarecer por qual motivo o conhecimento da proibição legal – e não só dos elementos normativos - faz-se imprescindível para que o agente consiga compreender o sentido e significado material dos elementos do tipo, relevantes para o juízo de antijuridicidade, nos casos em que a ação é

axiologicamente neutra, especialmente, nos delitos de infração de dever, devendo, assim, ser abarcado pelo dolo.

Faltando o conhecimento da proibição legal, o agente não tem todos os dados para a correta ou incorreta orientação da sua consciência, pois a proibição legal é único elemento que funda o desvalor da conduta, sem ter tal conduta, paralelamente, um desvalor em qualquer outra ordem com relevância ética (moral, cultural ou social). Cabe, pois, tratar esses erros no campo do dolo.

Com isso, pode-se alcançar, dogmaticamente e nos termos da legislação brasileira em vigor, a conclusão de que um erro sobre um elemento normativo jurídico pode sim constituir erro de tipo, demonstrando-se o acerto da proposta, realizada para o tratamento do erro no âmbito do Direito penal socioeconômico, de que deve ser privilegiado o erro de tipo em face do erro de proibição nesses casos. Além disso, até mesmo o erro sobre a própria proibição penal pode configurar erro de tipo, nos casos em que a conduta for axiologicamente neutra, sobretudo, nos delitos de infração de dever.

4.5.1.4 O tratamento do erro sobre o complemento das leis penais em branco no Direito penal socioeconômico

Como visto, a doutrina dominante, defendida também por ROXIN, entende que um erro sobre a existência da norma integradora é um erro de proibição, enquanto que o erro sobre circunstâncias de fato da norma integradora exclui o dolo. Aceitam, ainda, que quando a norma em branco se integra mediante uma disposição individual concreta, o desconhecimento desta é sempre um erro de tipo, porque falta uma proibição com validade ou vigência geral⁴⁸⁶. A doutrina brasileira dominante tem aceito esse entendimento. ALMEIDA, *v.g.*, conclui que o erro que recai sobre o complemento das normas penais em branco pode ser erro de tipo ou erro de proibição, conforme se referir aos elementos do tipo complementar ou sobre a sua própria existência⁴⁸⁷. No mesmo sentido é a conclusão de CRUZ⁴⁸⁸.

Não há grande discussão, realmente, no sentido de que um erro sobre um elemento de fato da norma de complementação é sempre erro de tipo, uma vez que

⁴⁸⁶ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 466.

⁴⁸⁷ ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 120.

⁴⁸⁸ CRUZ, *ob. cit.*, p. 309.

tal norma tem a função de complementar os elementos constitutivos do tipo, a fim de que possa existir não mais como lei penal em branco, mas como um autêntico tipo penal.

Como visto, no entanto, não há unanimidade no sentido de que o erro sobre a existência de uma lei penal em branco deve ser considerado sempre como erro proibição. Há os que defendem que o dolo não deve abranger apenas os elementos da descrição típica contida na norma de complementação, mas a própria existência desta, com o que, obviamente, o erro sobre sua existência constitui um erro de tipo. São seus principais defensores os já referidos SCHRÖDER, LANGE, MUÑOZ CONDE e PUPPE⁴⁸⁹.

MUÑOZ CONDE argumenta no seguinte sentido:

(...) Por las mismas razones debe rechazarse la teoría que pretende distinguir el tratamiento del error según se refiere éste al contenido o a la existencia de la norma penal en blanco que sirve para determinar la deuda o los deberes tributarios. En el primer caso se considera que existe error de tipo y en el segundo error de prohibición. La distinción es insostenible, aparte de su formalismo, porque conduce al intérprete o al juzgador a un auténtico callejón sin salida; basta que alguno de los elementos de la norma extrapenal sea incorporado al tipo para que varíe el tratamiento del problema. Piénsese, por ejemplo, en los deberes formales citados en el artículo 350 bis, que se rimite expresamente a la Ley tributaria que exige llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales. Como se puede distinguir entre el desconocimiento de esa ley e el desconocimiento de los deberes concretos que impone? El contenido de la norma complementaria sólo se conoce si se da por supuesta la existencia de la misma.⁴⁹⁰

Há, ainda, a chamada teoria diferenciadora, que sustenta que o conhecimento da existência da norma de complementação apenas será condição para configuração do dolo quando da regulação positiva se depreenda que a própria existência da norma seja um elemento do tipo⁴⁹¹. São defensores desse posicionamento ZIELISNKI, JAKOBS, SCHROEDER, RUDOLPHI e DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO⁴⁹².

Cabe averiguar, então, qual desses três posicionamentos é o mais adequado e o que permite tratar mais corretamente a problemática envolvida no Direito penal socioeconômico.

⁴⁸⁹ Todos citador por DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 429.

⁴⁹⁰ MUÑOZ CONDE, **El error em Derecho Penal**, p. 98.

⁴⁹¹ DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 432.

⁴⁹² Todos citador por DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 429.

O legislador, como já consignado, tem utilizado costumeiramente a técnica das leis penais em branco no Direito penal socioeconômico. Ocorre que, em muitos desses casos, são incriminadas condutas cuja lesão a bens jurídicos não é muito clara e tipos de acumulação, em que a conduta em si considerada não gera, na pior das hipóteses, um perigo abstrato ao bem tutelado, aproximando-se de delitos de desobediência.

Além disso, deve-se constatar, e é o que aqui mais interessa, que essa criminalização do ato de desobediência, ou seja, a determinação da abstenção de determinadas condutas ou a determinação da realização de outras, pode não ser realizada no tipo penal, mas na norma complementar. Assim, para conhecer o mandato de determinação só pode ser apreendido com o próprio conhecimento da norma complementadora, em que especificada a ação ou omissão mandada. Não há como se falar de dolo nesses casos sem o específico conhecimento da norma complementadora. Impossível dizer que o agente tinha o conhecimento do mandato apenas com o conhecimento do tipo penal, pois, obviamente, o mandato não se encontra no tipo, mas na norma complementadora. Quando o legislador utiliza uma norma complementar para incorporar ao tipo a própria contrariedade a determinadas normas, não há dúvida de que se trata de um erro de tipo e não de um erro de proibição. É equivocada, portanto, a assertiva de que o erro sobre a existência da norma complementadora configuraria sempre um erro de proibição.

O raciocínio que fundamenta essa conclusão é similar ao que a doutrina majoritária realiza para consignar que quando a norma em branco se integra mediante uma disposição individual concreta, o desconhecimento desta é sempre um erro de tipo, porque é imprescindível para o dolo o conhecimento da existência da ordem.

Nesse sentido, bastante esclarecedora é a lição de DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO:

Piénsese que, de ser correcta la postura diferenciadora, probablemente el legislador penal utiliza con frecuencia las leyes en blanco en el segundo de los sentidos citados, es decir, para incorporar al tipo la propia contrariedad a determinadas normas, porque (aunque no me atrevo a excluir otras posibles razones, según los casos), en ciertos ámbitos en que la lesión de bienes jurídicos no resulta muy clara y más bien existen peligros a veces vagos para los mismos, los delitos se aproximan a actos de desobediencia a normas de otros ordenes (com todo lo criticable que pueda parecer este proceder legislativo); en tales casos, la llamada de atención al sujeto propia del tipo difícilmente se producirá si el sujeto no es consciente de la

existencia de la norma que contraría su conducta. Esto explicaría que en el caso más claro de desobediencia elevada a delito (la desobediencia a ordenes concretas individuales) algunos autores, aun sin compartir con carácter general la postura que se está defendiendo, exijan, como hemos visto, en tal caso para el dolo el conocimiento de la existencia de una orden. En cualquier caso, aceptar lo anterior no significa dar entrada indiscriminadamente, de una o otra forma, a la teoría del dolo en el llamado Derecho penal accesorio o secundario, sino, en todo caso, en los supuestos (limitados) en que una interpretación del tipo en blanco nos lleve a concluir (por su cercanía a un supuesto de desobediencia) que el sentido del mismo exige la inclusión en él de la propia contrariedad a una norma, lo que significa que el dolo habrá de abarcar esa contrariedad (lo que suele describirse como la existencia de la norma de remisión o complemento).⁴⁹³

Pode-se citar como exemplo todos os tipos que estabeleçam, abstratamente, que quem realizar conduta em desacordo com leis ou regras administrativas estará sujeito a uma sanção criminal. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, com base na legislação espanhola, faz referência ao artigo 360 do Código Penal, que estabelece:

El que, hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos, será castigado por la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación para la profesión u oficio de seis meses a dos años.

Imprescindível destacar, ainda, a esclarecedora lição de TIEDEMANN que, ao final, esclarece que esse tratamento ao erro sobre as leis penais em branco aplica-se não especialmente ao Direito penal secundário, mas a todo o âmbito do Direito penal:

(...) vale em todo caso com carácter general lo siguiente: allí donde el tipo penal reenvia a *normas de rango inferior a la ley* o actos concretos, la existencia de dichas normas y actos pertenece al tipo penal y debe ser, por tanto, abarcada por el dolo.

Consideramos que no se puede prescindir de esta conclusión parcial en una teoría jurídica del delito orientada constitucionalmente, porque eso se deduce de la garantía de tipicidad y del principio de culpabilidad. Y esto se amplía con el entendimiento ya expuesto de acuerdo con el cual tratándose de formulaciones legales del tipo penal neutrales o irrelevantes en lo que concierne al injusto, la existencia y el contenido de la norma objeto de referencia y destinada a completar la norma de reenvío (por ejemplo, el deber contar con autorización a los efectos del § 54 KWG –ley del sistema crediticio-) forman parte del tipo penal cuando esta última cumple las funciones de tipificar el ilícito y de llamada del dolo como “motivo” para la realización típica. Por tanto, también normas en blanco de este tipo (obviamente, no toda norma en blanco!) conducen, a la postre, a la aplicación de la denominada teoría del dolo o de una teoría abierta de la

⁴⁹³ Todos citador por DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 431-432.

culpabilidad. No es una causalidad que un destacado especialista (y padre) del nuevo derecho de las contravenciones como Göhler sostenga, en referencia a este sector jurídico, que en los casos en los que el deber jurídico y, en concreto, el deber de contar con autorización no sea deducible de las circunstancias concretas, dicho deber forma parte del tipo, y que en caso de un desconocimiento de dicho deber, de acuerdo con el § 11 párrafo 1 OWiG, se debería excluir el dolo. Este diferente tratamiento no discurre, obviamente sobre la delimitación entre StGB y OWiG o el Derecho penal accesorio, sino transversalmente a través de toda la materia del Derecho Penal entendido en sentido amplio⁴⁹⁴.

Assim, na grande maioria dos delitos socioeconômicos em que utilizada a técnica da lei penal em branco, deve-se adotar a teoria diferenciadora, no sentido de que o conhecimento da existência da norma de complementação será condição para configuração do dolo quando da regulação positiva se depreenda que a própria existência da norma seja um elemento do tipo. Nesses casos, a lei penal utiliza-se dessa técnica justamente para incorporar no tipo a própria existência de normas de outras ordens reguladoras de determinados setores de atividade.

Em complementação ao posicionamento desses autores, pode-se afirmar que as premissas fixadas nos capítulos anteriores permitem deixar mais claras as razões pelas quais o conhecimento da norma complementadora pode ser exigido para a configuração do dolo.

O artigo 6º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, v.g. estabelece que é crime contra a ordem econômica aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente. Não resta dúvida que, ao apenas realizar o reajuste de preços, o agente não conhece qualquer elemento relevante para que possa realizar um juízo a respeito da antijuridicidade da conduta. Portanto, o conhecimento da existência da norma que estabelece determinada fórmula de reajustamento de preços deve integrar o dolo, pois sem esse conhecimento não pode compreender o significado social de sua conduta, de modo a realizar um juízo a respeito da antijuridicidade da conduta.

Em conclusão, tem-se o seguinte: a) um erro sobre circunstâncias de fato da norma integradora configura erro de tipo; b) quando a lei em branco se integra mediante uma disposição individual concreta, um erro sobre esta configura um erro de tipo; c) o erro sobre a existência da norma integradora pode configurar um erro de tipo ou um erro de proibição, sendo erro de tipo nas hipóteses em que da

⁴⁹⁴ TIEDEMANN, *Estudios Jurídicos*, p. 905.

regulação positiva se depreenda que a própria existência da norma seja um elemento do tipo, vale dizer, sempre que o conhecimento da existência da lei seja uma circunstância relevante para o juízo de antijuridicidade.

4.5.1.5 O tratamento do erro sobre os elementos de valoração global do fato no Direito penal socioeconômico

Como visto, o erro acerca dos chamados elementos de valoração global do fato apresenta algumas peculiaridades em virtude de sua especial ontologia, pois apresentam a peculiaridade de ter sua significação constituída pelo juízo de antijuridicidade. A dificuldade é compreensível, pois vai contra o sistema finalista a descoberta de elementos no tipo que são formados por um juízo de antijuridicidade.

A doutrina majoritária defende posicionamento no sentido de que é possível fazer 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 valoração e a valoração do substrato⁴⁹⁵. 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:

Partiendo de la concepción que estima que en estos elementos los presupuestos (precisamente todos los presupuestos) pertenecen al tipo (o sea, son presupuesto de la prohibición) y la (des)valoración coincide con el juicio de antijuridicidad, es lógico que considere que el error sobre los presupuestos es un error de tipo excluyente del dolo, mientras que el error sobre la valoración misma no afecta al dolo típico, sino a la culpabilidad, al tratarse de un error de prohibición⁴⁹⁶.

Como é possível extrair dessas palavras, a doutrina fundamenta a distinção entre erro de tipo e de proibição sobre um elemento de valoração global do fato na condição de ser possível distinguir os pressupostos da desvaloração da própria desvaloração, o que em alguns casos pode não acontecer.

Com efeito, uma vez que para o dolo não basta apenas o conhecimento científico dos fatos, mas o conhecimento de seu significado social, toda vez que este conhecimento só puder ser obtido com o conhecimento da desvaloração, esta

⁴⁹⁵ Nesse sentido, vide CRUZ, ob. cit., p. 290.

⁴⁹⁶ DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, **El error sobre los elementos normativos del tipo penal**, p. 427.

constituirá o tipo de injusto, independentemente de ser praticamente idêntica ao juízo da antijuridicidade⁴⁹⁷.

Tem-se nesses casos o que ROXIN chama de elementos de valoração global do fato indivisíveis (já analisados no primeiro capítulo, mas vale aqui repetir), cuja peculiaridade consiste em não ser possível distinguir o substrato fático da desvalorização, do substrato, uma vez que a desvalorização é que atribui a significação social necessária para que o tipo penal possa ser considerado tipo de injusto.

Como se vê, o fundamental para a definição proposta por ROXIN é que nos casos dos elementos de valoração global do fato indivisíveis, o significado social destes é constituído pela desvalorização jurídica, o que implica que o dolo seja um “*dolus malus*”.

Não se pode esquecer, todavia, que a concepção do dolo formado pela consciência da antijuridicidade suscita a questão da atualidade ou potencialidade do seu conhecimento, fato não respondido pela doutrina de ROXIN.

Com efeito, desde o finalismo que se considera que o conhecimento exigido para o dolo é um conhecimento atual, enquanto que o da antijuridicidade é potencial. Destarte, o reconhecimento de que nos casos em que para compreender o sentido social da conduta seja necessário que o agente tenha efetuado a desvalorização jurídica, conforme expressamente defende ROXIN, conduz à indagação acerca da graduação desse conhecimento, questão ainda não respondida pela doutrina.

Seja como for, o tratamento dado pela doutrina majoritária ao erro sobre os elementos de valoração global do fato é adequado e pode ser aplicado ao âmbito do Direito penal socioeconômico, inclusive pelo fato da quase totalidade das teorizações terem sido elaboradas com base nesse paradigma. Assim, é possível aceitar que nos elementos de valoração global do fato *divisíveis*, se o erro incide unicamente sobre o juízo da antijuridicidade da ação típica (e não sobre a constatação de um estado de coisas relevantes para o juízo de antijuridicidade), trata-se 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). De outra via, se o erro sobre a reprovabilidade afeta não à valoração global do fato, mas a um estado de coisas relevante para o juízo de antijuridicidade tem-se erro de tipo (erro sobre o substrato

⁴⁹⁷ ROXIN, *Derecho Penal*, p. 464.

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 conduta⁴⁹⁸.

O problema que se destaca e merece ser analisado, sendo o que mais releva especificamente para o âmbito do Direito penal socioeconômico, refere-se à definição de quais elementos de valoração global do fato são divisíveis e quais são indivisíveis.

Como já referido, o critério utilizado por ROXIN para identificar se um elemento de valoração global do fato seria ou não indivisível, dependeria da possibilidade do agente conhecer o significado social de sua conduta sem o conhecimento da valoração jurídica, o que se amolda aos pressupostos defendidos neste trabalho⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ ROXIN, **Derecho Penal**, p. 463-465.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 465.

CONCLUSÕES

Do que foi exposto ao longo do trabalho, observa-se que o tratamento jurídico-penal do erro no Direito penal socioeconômico envolve aspectos bastante complexos e controvertidos da dogmática penal. O objetivo foi demonstrar que as estruturas tradicionais da dogmática tradicional não podem ser transladadas acriticamente ao Direito penal socioeconômico, setor em que os bens jurídicos tutelados e os tipos legais apresentam particularidades que não podem ser ignoradas, sob pena de significativa redução dos princípios tradicionais de garantia, assegurados constitucionalmente.

A dificuldade existente para o tratamento do erro no Direito penal socioeconômico advém da constatação de que o objeto da falsa representação subjetiva não está constituído por uma realidade objetiva do ser, mas pela realidade, também objetiva, das normas e valorações jurídicas, sendo freqüente a presença nos tipos socioeconômicos de elementos normativos jurídicos, elementos de valoração global do fato e leis penais em branco.

Dentre as propostas apresentadas pela doutrina para definição dos *elementos normativos do tipo*, mostraram-se mais adequadas as que fazem referência ao condicionamento da existência de uma norma, não convencendo as que se utilizam dos critérios de percepção sensorial ou de valoração. Valendo-se do aparato teórico da Filosofia analítica, foi possível alcançar uma definição que se acredita mais precisa e, também, mais útil para se tratar do erro no Direito penal socioeconômico, entendendo-se como *elementos normativos do tipo* os que existem sob o *pressuposto lógico de uma regra constitutiva* e que possuem uma *função atribuída*, por meio da *intencionalidade coletiva*, que *não pode ser realizada apenas em razão das características físicas do objeto*.

Optou-se por trabalhar com uma definição baseada na Filosofia da sociedade de SEARLE (ainda que seus pressupostos tenham que ser confrontados com os postulados idealistas), uma vez que se demonstrou útil para compreender alguns aspectos relevantes para o tratamento jurídico-penal do erro no Direito penal socioeconômico. Realmente, deixa claro que existem fatos objetivos que só existem por meio de uma regra constitutiva (estabelecida subjetivamente), sendo que, em alguns casos, possuem funções atribuídas que não guardam qualquer relação com a propriedade física do objeto. Assim, não deixa dúvida no sentido de que o objeto da

falsa representação do sujeito pode ser composto tanto por fatos da realidade objetiva do ser como por fatos da realidade objetiva das normas (ainda que esta seja constituída subjetivamente), pois ambas compõem a realidade social. Ademais, demonstra, com base na idéia de atribuição de função de *Status*, que da realidade objetiva do ser nem sempre se pode alcançar a compreensão da realidade das normas.

Os *elementos de valoração global do fato* são os que supõem uma remissão ao conjunto do ordenamento jurídico (e não a uma norma específica) para determinar os pressupostos objetivos (positivos e negativos) que fundamentam o juízo de antijuridicidade. São *indivisíveis* os que dependem do conhecimento da valoração jurídica para que o agente possa conhecer o significado social de sua conduta.

As *leis penais em branco* são as que fazem remissão a outra norma jurídica de natureza não penal (seja ou não advinda da mesma instância legislativa) para realizar a descrição do fato típico.

Dentre os critérios apresentados pela doutrina para diferenciar *elementos normativos jurídicos* e *leis penais em branco*, verificou-se que o mais adequado, ainda que não totalmente preciso, é o que distingue entre a necessidade de especificação por uma norma extrapenal (leis penais em branco) ou pelo juiz, ainda que baseado em critérios legais (elementos normativos jurídicos). Como a questão é totalmente aberta e discutível, no entanto, optou-se por os identificar materialmente, desde que no caso dos elementos normativos não impliquem uma valoração definitiva sobre a antijuridicidade penal global do fato (elementos de valoração global do fato), pois possuem a mesma natureza e geram os mesmos efeitos dogmáticos, especificamente sobre o erro, sendo injustificada qualquer diferença de tratamento entre os dois institutos. Se possuem, realmente, alguma diferença, seria de caráter formal e não material.

O tratamento do erro sobre os elementos normativos do tipo, sobre os elementos de valoração global do fato e sobre o complemento da lei penal em branco é um tema árduo e extremamente controvertido na doutrina, existindo um grande número de propostas. A complexidade aumenta ao se transladar a problemática ao Direito penal socioeconômico, em virtude das peculiaridades dos bens jurídicos tutelados e dos tipos legais.

As principais características dos bens jurídicos econômicos (presentes não em todos os delitos econômicos e nem todas as características em cada um desses delitos) que foram constatadas são as seguintes: a) estão vinculados a uma determinada política econômica; b) as teorizações econômicas são incertas e voláteis; c) o conteúdo integral do ilícito exprime-se em função de normas extrapenais; d) pode haver a necessidade de uma grande quantidade de ações típicas similares para que possa existir uma efetiva lesão; e) considera-se suficiente um ataque de menor intensidade; f) são um fenômeno de natureza complexa, impostos pelo estado conforme a ideologia econômica vigente, que não exprime um fundamento ético-social arraigado na comunidade em geral; g) possuem uma natureza conflitiva; e, h) podem possuir um aspecto institucional.

Nos tipos penais econômicos, em decorrência dos bens jurídicos tutelados, observou-se, em diversos casos, as seguintes características: a) fazem a descrição de fatos constituídos por uma realidade das normas e valorações jurídicas, ao invés de fatos constituídos por uma realidade objetiva do ser; b) utilizam conceitos indeterminados; c) são repletos de elementos normativos, elementos de valoração global do fato e remissões a outras normas, confundindo descrição fática e juízo de antijuridicidade; d) prescrevem condutas que violam uma conduta regulamentar do Estado; e) incluem limites quantitativos; e) são desprovidos de um conteúdo de injusto material; f) descreverem ações que não apresentam uma lesividade social clara e assim considerada pelos cidadãos em geral; e, g) podem ser de acumulação.

Todas essas características dos bens jurídicos e dos tipos socioeconômicos bem demonstram que, em muitas situações, a conduta incriminada, referente a normas e valorações e não a realidades fáticas objetivas do ser, é axiologicamente neutra, não sendo possível representar todas as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade por meio de uma valoração paralela dos fatos na esfera do leigo.

Diante dessa realidade, a doutrina apresentou três principais propostas para o tratamento jurídico-penal do erro no Direito Penal socioeconômico, quais sejam: a) realização de alterações legislativas para que, sendo a conduta axiologicamente neutra, adote-se os critérios da teoria do dolo; b) ampliação da esfera de invencibilidade do erro de proibição nesse setor; e, c) prevalência do erro de tipo em face do erro de proibição nos delitos econômicos.

A proposta que se mostrou mais adequada foi a de realização de alterações legislativas, como já ocorre no ordenamento jurídico português, estabelecendo que, 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.

Inexistindo, no entanto, dispositivo legal nesse sentido no Brasil, deve-se optar por uma das propostas interpretativas, tendo-se revelado inadequada e impertinente diante dos termos da legislação brasileira em vigor a que propugna por uma ampliação da esfera de invencibilidade do erro de proibição no âmbito dos delitos socioeconômicos.

A solução de outorgar maior prevalência ao erro de tipo em face do erro de proibição nos delitos econômicos demonstrou-se dogmaticamente adequada e compatível com a legislação brasileira em vigor, sendo que esse tratamento decorre da própria teoria do crime e não, apenas, de determinada opção de política criminal, sendo possível alcançar resultados bastante próximos daqueles obtidos com a apontada alteração legislativa.

Consoante a doutrina majoritária e do que dispõe a lei brasileira, o elemento intelectual do dolo deve abarcar os *factos externos* junto com o seu *significado social*. Mediante a diferenciação de HURSCHKA entre representação das circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade (que deve ser tratado no âmbito do dolo) e o próprio juízo de antijuridicidade (que deve ser tratado no âmbito da culpabilidade), demonstrou-se adequado entender que o elemento cognoscitivo do dolo deve abarcar o conhecimento de todo estado de coisas, coincidente com o sentido e significado material autêntico dos elementos do tipo, presente na situação de fato (composta pela realidade objetiva do ser e/ou pela realidade objetiva das normas), incluindo todas as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade. Deve-se notar, ainda, que nos casos de condutas axiologicamente neutras, a única circunstância relevante para o juízo de antijuridicidade é a própria proibição penal.

O elemento intelectual do dolo pode requerer o conhecimento de uma norma extrapenal ou mesmo penal, para que se possa afirmar que o agente conhecia os *factos externos e circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade*, nos casos em que a situação de fato, a realidade objetiva do ser, não traga, implicitamente, a representação das circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade.

Tendo isso em vista, percebeu-se, no que se refere ao erro sobre os elementos normativos do tipo, que a proposta de ROXIN é a mais adequada, mas com os aportes realizados por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, especialmente, no que se refere à distinção entre elementos normativos de sentido e de valor, sendo que os elementos de valor não jurídicos podem integrar o dolo.

No entanto, alguns esclarecimentos adicionais foram realizados ao se tratar do erro sobre os elementos normativos jurídicos, com base na imprescindível diferenciação entre circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade e o próprio juízo de antijuridicidade. Como consignado, o dolo deve abarcar todo o estado de coisas necessário para que o agente possa realizar um juízo, ainda que potencial, a respeito da antijuridicidade. Esse estado de coisas pode ser composto pela realidade objetiva do ser e/ou pela realidade objetiva das normas. Além disso, havendo a tipificação de condutas axiologicamente neutras, o conhecimento da própria proibição pode constituir uma circunstância relevante para o juízo de antijuridicidade.

Quando o agente não representa o sentido e significado material dos elementos do tipo (que necessita descrever fatos e circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade), presentes na situação de fato (composta pela realidade objetiva do ser e/ou pela realidade objetiva das normas), de acordo com a linguagem leiga, atua em erro de tipo. Quando se tratar de um elemento normativo que não seja de comum apreensão social, faz-se imprescindível a compreensão do sentido técnico específico, o que, não ocorrendo, dá lugar a um erro de tipo.

Ao contrário, quando mesmo conhecendo todo o estado de coisas a que se refere o tipo, incluindo todas as circunstâncias relevantes para o juízo de antijuridicidade, realiza um juízo equivocado a respeito da proibição da conduta, atua em erro de proibição, vencível ou invencível, ou erro de subsunção.

Quanto às leis penais em branco, concluiu-se o seguinte: a) um erro sobre circunstâncias de fato da norma integradora configura erro de tipo; b) quando a lei em branco se integra mediante uma disposição individual concreta, um erro sobre esta configura um erro de tipo; c) o erro sobre a existência da norma integradora pode configurar um erro de tipo ou um erro de proibição, sendo erro de tipo nas hipóteses em que da regulação positiva se depreenda que a própria existência da norma seja um elemento do tipo, vale dizer, sempre que o conhecimento da existência da lei seja uma circunstância relevante para o juízo de antijuridicidade.

Por fim, a respeito do *erro sobre os elementos de valoração global do fato*, a proposta de ROXIN mostrou-se a mais correta, sendo que no caso dos elementos *divisíveis* deve-se diferenciar substrato (erro de tipo) e valoração do substrato (erro de proibição). Note-se, no entanto, que o substrato não se refere apenas a questões de fato existentes no mundo real, mas às questões de fato referentes ao tipo penal, que podem implicar o conhecimento de uma norma. No caso dos *indivisíveis*, em que não é possível essa distinção, o erro sobre eles incidente constitui erro de tipo e erro de proibição, devendo ser tratado como erro de tipo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, André Vinícius de. **O Erro de Tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

ARIAS EIBE, Manuel José. **El error en Derecho Penal en el Código de 1995**. Madri: Dykinson, 2007.

BACIGALUPO, Enrique. El error sobre los elementos del tipo y sobre la antijuridicidad. **Revista de Derecho Público**: Comentarios a la Legislación Penal: La reforma del Código Penal. Madrid, Tomo V, n.1, p. 53-89, 1985.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Derecho penal econômico aplicado a la actividade empresarial**. Madri: Civitas, 1978.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Econômico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GONZÁLEZ SUÁREZ, Carlos. **Manual de Derecho penal**: Parte Especial. vol. II. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

BALCARCE, Fabián I. **Derecho Penal Económico**: Parte General. Córdoba: Mediterránea, 2003.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1994.

BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **O regime legal do erro e as normas penais em branco**. Coimbra: Almedina, 1999.

BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**: la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. In: **Control social y sistema penal**. Barcelona: PPU, 1987. p. 183-202.

_____. **Introducción al Derecho penal**. Santiago (Chile): Jurídica Ediar-ConoSur, 1989.

BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal Español**: Parte General II: Teoría jurídica del delito. 6ª ed. Reimpressão de 1999. Madri: Tecnos, 1998.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **El Derecho Penal de la Empresa**: desde una visión garantista. Montevideú; Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2005.

CHOMSKY, Noam. **Aspectos da teoria da sintaxe**. Coimbra: Coimbra Editora, 1975.

CIDE MOLINE, Jose; MORESO MATEOS, Jose Juan. Derecho Penal y filosofía analítica: (A propósito de Diritto e ragione de L. Ferrajoli). **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madri, Fascículo I, p. 143-178, 1991.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho Penal**: Parte General. 4ª ed. Valencia, 1996.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supra individuales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona, Bosch, 1986.

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. O ilícito penal nos crimes ambientais: Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 67, p. 29-58, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____ Para uma dogmática do direito penal secundário: Um contributo para a reforma do Direito Penal nos novos espaços de intervenção. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 11-63.

_____ O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, Volume comemorativo de 75 anos, p. 1.123-1.138, 2003.

_____ **Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: A Doutrina Geral do Crime**. Tomo I. 1ª ed. brasileira. 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS PALOS, Fernando. Dolo Penal. **Nueva Enciclopedia Jurídica Seix**. Tomo VII. Barcelona: Francisco Seix S.A., 1980.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Los elementos normativos del tipo e la teoría del error. In **Estudios Jurídicos: En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz**. Primeiro volume. Valencia: Universidad de Valencia, 1997. p. 657-703.

_____ **El error de prohibición: pasado, presente e futuro**. Granada: LH Torio, 1999.

_____ **El error sobre elementos normativos del tipo penal**. Madrid: La Ley, 2008.

DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y limites para la formulación de las normas penales: El caso de las leyes en blanco**. Valencia: Tirant Lo Blabch, 1999.

DURKHEIM, Emile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

ÉMILE, Benveniste. **Problemas de linguística geral**. 4ª ed. Campinas: Pontes, 1995.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre a crise de la teoria del bien jurídico. **Revista para el Análisis del Derecho**. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/526.pdf>. Acesso em 09/12/2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de Derecho Penal**. Traducción de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007.

FRISCH, Wolfgang. El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán. Traducción de Gustavo Bruzzone e Enrique Peña-Randa. In: ESER; GIMBERNAT; PERRON. **Justificación y exculpación**. Madrid: 1995. p. 157-216.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. **Estudios penales y criminológicos**. Tomo XVI. Santiago de Compostela: Univ. Santiago de Compostela, 1993. p. 63-104.

GARCÍA CAVERO, Percy. **Derecho Penal Económico: Parte General**. Tomo I. 2ª ed. Lima: Grijley, 2007.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza Universidad, 1996.

GARÓFALO, Rafael. **Criminologia**. Trad. Júlio Matos. São Paulo: Teixeira e Irmãos, 1983.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GRECO, Luis. 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 Criminas**. São Paulo, n. 58, p. 152-194, 2006.

GUIRAO, Alcácer. **Lesión de bien jurídico o lesión de deber?**: Apuntes sobre el concepto material de delito. Barcelona: Atelier, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el product en Derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social). **Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté**. Paris, Cahiers de la Nouvelle Journée, n°23. p. 89-128, 1933.

HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y Derecho Penal: Estudios sobre la teoria de la imputación**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

IMBERT, Claude et al. **Filosofia Analítica**. Trad. Jorge Manuel Fernandes Pires. Lisboa: Gradiva, s/a.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal: parte general**. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans Henrich. El derecho penal econômico alemán. **Cuadernos de los Institutos**. Trad. Luis Martínez Gavier y Juan Von Haeseler Langjahr. Córdoba, v. XIII, n. 74, 1963.

JESCHECK, Hans-Heinrich ; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 5ª ed. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Adminstrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KINDHÄUSER, Urs Konrad et al. Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. **El error en Derecho Penal**. Tradução de Fernando Córdoba e Gustavo Bruzzone. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 139-163.

KOCH, Ingedore G. Villaça. **Argumentação e linguagem**. São Paulo: Cortez, 2006.

LISTZ, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal: Tomo II**. 4ª ed. Madrid: Editorial Réus, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. El error sobre causas de justificación: algunas precisiones (comentario a la STS 10/ 05/1989). **Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED**. Madri, n. 2 p. 135-148, 1992

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAIWALD, Manfred. **Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributário**. Tradução de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Imputación Subjetiva. **Manuales de Formación Continuada**. Madrid, n. 14, p. 99-180, 2001.

_____. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**: Parte General. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Hein. **Derecho Penal**: Parte General. Tomo I. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Tradução, revisão e atualização de J. A. Rodríguez Muñoz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

_____. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. 3ª ed. Tradução de José Arturo Muñoz. Completada e atualizada por Antonio Quintano Ripollés. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

_____. **Derecho Penal**. Tomo III. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2004.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Disponível em http://books.google.com.br/books?id=9xARAAAAYAAJ&dq=stuart+mill+on+liberty&pg=PP1&ots=UVfwFuq83a&source=bn&sig=DGX5sQ8RrixHbxXuz50HkgQyfro&hl=pt-BR&sa=X&oi=book_result&resnum=4&ct=result#PPA1,M1. Acesso em 27/11/2008.

MIR PUIG, Santiago. Conocimiento y voluntad en el dolo. **Cuadernos de Derecho Judicial**. Madril, p. 11-35, 1994.

_____ **Derecho Penal:** Parte General. 4ª ed. Barcelona: PPU, 1996.

_____ Comentarios al capítulo primero del título primeiro del libro primero del nuevo Código Penal. **Revista Jurídica de Catalunya.** Barcelona, v. 96, n. 2, p. 313-339, 1997.

_____ Limites del normativismo en Derecho Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, v. 64, p. 197-220, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral: Arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 1999.

MONCADA, Luis Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado.** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

MORALES PRATS, Fermín. Técnicas de tutela penal de los intereses difusos. In: BOIX REIG, Javier (org.). **Intereses difusos y Derecho penal.** Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ, 1994.

MUGUERZA, Javier. **La concepción analítica de la filosofía.** 2º vol. Madrid: Alianza, 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **El error en Derecho Penal.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

_____ El error en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.** Madrid, Tomo XXXIX, Fascículo II. 1986. p. 379-393.

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal:** parte general. 7ª edición. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

NIETO MARTÍN, Adán. **El conocimiento del Derecho.** Madrid: Atelier Penal, 2006.

_____ **El Derecho Penal Económico Español.** Disponible em: http://www.portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/adan%20nieto%20introduccion%20al%20der.echo%20. Acesso em 09/12/2008.

NUNES, Ricardo Pieri. Evasão de Divisas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 14, n. 62, p. 134-177, 2006.

OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid, Tomo XLIII, Fascículo I, p. 5-28, 1990.

OSAKABE, Haqira. **Argumentação e discurso político**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PEDRAZZI, Cesare. El bien jurídico en los delitos económicos. Tradução A. A. Richart Rodríguez. In: BARBERO SANTOS, M (org.). **Los delitos sócio-económicos**. Madrid: Universidad de Madrid, 1985.

PINKER, Steven. **Como a mente funciona**. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho Penal. In **Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo**: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Toledo: Universidad Castilla-La Mancha, 2003.

PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de Derecho, error de subsunción. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Gustavo Bruzzone. **Cuadernos de Política Criminal**. Madrid, n. 47, 1992, p. 349-392.

PUTNAM, Hilary. **Mind, language and reality**. Cambridge: Cambridge University press, 1975.

QUERALT, Juan Josep. El dolo y el conocimiento de la antijuridicidad. **Cuadernos de Derecho Judicial**: Elementos subjetivos de los tipos penales. Madrid, p. 37-52, 1994.

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

_____ Relevantes aspectos do tipo subjetivo no delito tributário. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; SANT'ANNA, Carlos Soares (Coord.). **Direito Penal Tributário**. São Paulo: MP, 2005. p. 379-398.

ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal**: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Tradução de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

_____ Acerca da problemática do direito penal da culpa. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra, vol. LIX, 1983.

_____ **Derecho Penal**: Parte General: Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 2006.

_____ És la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: Hefendehl, Roland. **La teoría del bien jurídico**: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2007. p. 443-444.

_____ **La Teoría del Delito en la discusión actual**. Trad. Manuel Albanto Vásquez. Lima: Grijlei, 2007.

SABORIT, David Felip i. **Error Iuris**: El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal. Madrid: Atelier, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 3ª ed. Curitiba: ICPC ; Lumen Juris, 2008.

SEARLE, John Rogers. **Speech Acts**. Cambridge, University Press, 1969.

_____ **Mente, Cérebro e Ciência**. Lisboa: Edições 70, 1984.

_____ **The Rediscovery of the Mind**. Cambridge: MIT Press, 1992.

_____ **The Construction of Social Reality**. 1ª ed. New York: Free Press, 1995.

_____ **The Philosophy of Language**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____ **O Mistério da Consciência.** São Paulo: Paz e Terra, 1998.

_____ **Mente, Linguagem e Sociedade:** Filosofia no mundo real. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2000.

_____ **Intencionalidade:** um ensaio em filosofia da mente. Trad. Julio Fisher e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____ **Freedom and neurobiology:** Reflexions on free will language and a political power. New York: Columbia University Press, 2007.

_____ **Social Ontology:** Some Basic Principles. Disponível em: <http://socrates.berkeley.edu/~jsearle/AnthropologicalTheoryFNLversion.doc>. Acesso em 20/08/2008.

_____ **what is an Institution.** Disponível em: <http://socrates.berkeley.edu/~jsearle/EconomistsJOIE,10Jan05.doc>. Acesso em 20/08/2008.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. Legislación penal sócio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes em blanco. **Derecho Penal y Criminología.** Madri, v. 49, 1993.

_____ Las Comunidades Autónomas y el nuevo Código penal. In **Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas.** Barcelona, p. 1046-1068, 1997.

SOTO NAVARRO, Susana. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna.** Granada: Comares, 2003.

STENIUS, Erik. **Wittgenstein's Tractatus:** A Critical Exposition of its Main Lines of Thought. Westport: Greenwood Press, 1981.

SUAY HERNÁNDEZ, Celia. Los elementos normativos y el error. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.** Madri, Tomo XLIV, Fascículo I, p. 97-142, 1991.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino- Americano de Cooperação Penal, 1996. p. 99.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. **Derecho penal de la empresa**. Madri: Trotta, 1995.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito econômico y de derecho penal econômico. **Nuevo pensamiento penal**. Buenos Aires, v.4, n.5/8, p. 461-75, jan./dez., 1975. p. 468.

_____ **Lecciones de Derecho Penal Económico**: (Comunitario, español, alemán). Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1993.

_____ Sobre el estado de la teoría del error, con especial referencia al Derecho penal econômico 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. 895-910.

_____ **Parte General del Derecho Penal econômico**. Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/93/Tiede93.pdf>. Acesso em 10/12/2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. Teorias do dolo e teorias da culpabilidade: teorias extremadas e teorias limitadas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, volume 566, ano 71, dezembro de 1982.

_____ **Princípios básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. **El principio de legalidad penal**. Valencia: Tirant Lo Blabch, 2004.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1956.

_____ **Estudios de Derecho Penal**. Buenos Aires: Euros Editores, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl ; ALAGIA, Alejandro ; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.