

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
RODRIGO DE DAVID ZEM

ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

CURITIBA
2014

RODRIGO DE DAVID ZEM

ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Prof. orientador: Dr. Sergio Fernando Moro

CURITIBA
2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Agradeço a minha família pelo amor, pelas valiosas lições de vida, pela paciência, por sempre me apoiarem em minhas escolhas e por me ensinarem que o suor precede os aplausos.

Agradeço aos meus amigos, tanto os de longa data quanto os conhecidos durante a faculdade, com os quais aprendi muito e sempre me trarão boas memórias.

Agradeço a todos os meus professores, não apenas por ensinarem as ementas de suas matérias, mas principalmente por ensinarem o pensamento crítico.

Agradeço ao meu professor e orientador Sérgio Fernando Moro por disponibilizar seu tempo, se dispondo a debater os temas tratados nesta obra, dar dicas e corrigir falhas. Também o agradeço e parablenizo por ser um exemplo, a todos os juristas e a seus alunos, de profissional dedicado e integro.

Agradeço também ao professor Guilherme Brenner Lucchesi, no qual pude perceber a vocação e paixão pela docência, que transparece através de sua vontade em ajudar os alunos. O agradeço por ter me auxiliado na realização desta obra monográfica, pois, mesmo não estando na posição de orientador ou coorientador, se mostrou sempre proativo em ajudar, cedendo seu tempo para debater os assuntos da obra e corrigir erros.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar o erro jurídico-penal frente a problemas comumente encontrados quando tais erros são colocados frente a normas de Direito Penal Econômico, as quais, não raramente, apresentam tipos penais complexos se comparados a normas de direito penal nuclear. Em razão do aumento da complexidade das normas penais a partir do desenvolvimento de uma sociedade de risco, a doutrina passou a se dividir em relação a abordagem do erro jurídico-penal. Neste trabalho o erro no campo do Direito Penal Econômico é analisado a partir do ordenamento jurídico brasileiro em sua configuração atual, sem sugerir alterações na legislação.

Palavras-chave: erro jurídico-penal; erro de tipo; erro de proibição; Direito Penal Econômico; crimes econômicos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I – ANÁLISE HISTÓRICA.....	8
1.1. DIREITO PENAL ROMANO	8
1.2. SISTEMA CLÁSSICO DE DELITO	9
1.3. O SISTEMA NEOCLASSICO DE DELITO	11
1.4. SISTEMA FINALISTA.....	14
CAPÍTULO II – OS ELEMENTOS DO CRIME E AS ESPÉCIES DE ERRO	19
2.1. TIPO PENAL.....	19
2.1.1. ELEMENTOS OBJETIVOS DO TIPO	19
2.1.2. DOLO	21
2.1.3. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO TIPO.....	23
2.1.4. TIPO CULPOSO	25
2.1.5. NORMAS PENAIS EM BRANCO	28
2.1.6. TIPOS PENAIS ABERTOS.....	30
2.2. ANTIJURIDICIDADE.....	35
2.3. CULPABILIDADE	36
2.4. ERRO DE TIPO.....	38
2.5. ERRO DE PROIBIÇÃO.....	42
CAPÍTULO III – A QUESTÃO DO ERRO NOS CRIMES ECONÔMICOS.....	47
3.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	47
3.2. DEVER DE INFORMAÇÃO	49
3.3. DÚVIDA E ERRO	51
3.4. TEORIAS DO ERRO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO	55
3.5. APLICAÇÃO DO ERRO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO	59
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65

INTRODUÇÃO

O Direito Penal e a economia possuem uma relação de longa data. No período da Grécia antiga, por exemplo, a falsificação de moedas era punida com morte, ou mesmo na cidade de Átia no final do século III a.C., em que o abuso na comercialização de grãos era proibido sob pena de morte àqueles que desrespeitassem tal norma¹.

No Brasil, até o início do século XX, pouco se havia normatizado no sentido de proteção à economia por meio do Direito Penal. Foi a partir da década de 1930 que se passou a ampliar a incidência do direito penal na proteção da economia².

Foi com o avanço das tecnologias e da globalização que passou-se a falar em uma sociedade do risco. Na atualidade, o desenvolvimento de novas tecnologias, assim como a dinamicidade dos fenômenos econômicos, criou uma sociedade bastante dinâmica. Nessa conjuntura não houve apenas consequências positivas, de forma que passou-se a buscar um maior reforço no Direito Penal para lidar com eventuais desdobramentos negativos da atual conjuntura. Uma grande parte das ameaças às quais as pessoas estão expostas, na atualidade, surgem em decorrência do manejo por outras pessoas dos avanços técnicos da atualidade³. Surge uma dificuldade dos entendimentos atrelados ao sistema penal fechado em lidar com as novas classes delitivas, de forma que se observa uma abertura do sistema penal, diversa do positivismo fechado até então aplicado⁴.

Em meio a essa sociedade de rápido desenvolvimento, busca-se no Direito Penal uma forma de se proteger, através de normas penais, os bens jurídicos relativos à economia. Ao sistema de tais normas penais dá-se o nome de Direito Penal Econômico.

O Direito Penal Econômico é, segundo Roberto S. Gulho, o conjunto de normas penais que sancionam condutas que, no âmbito das relações econômicas,

¹ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 34.

² *Ibidem*, p. 34 e 35.

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión de Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, p. 27.

⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 120 e 121.

ofendam ou coloquem em risco bens ou interesses juridicamente relevantes. Afirma que o Direito Penal Econômico visa a proteção de bens e interesses humanos relacionados à economia⁵.

Ocorre que, em razão da dinamicidade e amplitude desse ramo do Direito Penal, tal tentativa de tutela se mostra demasiadamente complexa, por essa razão o Direito Penal Econômico acaba por utilizar diversos recursos legislativos na tentativa de tutelar a proteção aos seus bens jurídicos, de forma que muitas vezes o legislador faz uso, até mesmo demasiado, de tipos penais abertos e de normas penais em branco.

A complexidade gerada a partir de tais técnicas legislativas acaba por dificultar a compreensão daqueles a quem a norma é dirigida, de forma que, não raro, podem incidir em erros.

Para solucionar o problema do erro no Direito Penal Econômico, doutrinadores têm se apoiado em diferentes formas de abordar o erro, como, por exemplo, a criação de uma análise específica para os crimes econômicos, em uma abordagem própria das teorias do dolo, que conectaria o conhecimento do injusto ao dolo. Outros autores compreendem que o erro deve ser observado pela mesma dogmática do Direito Penal nuclear, alguns afirmando que os erros sobre as normas extrapenais seriam excludentes do dolo e outros compreendendo que tais normas compõe o tipo penal.

O presente trabalho visa analisar, partindo-se da abordagem do erro própria do Direito Penal nuclear, como deve ser realizada a tutela dos erros de tipo e erros de proibição frente ao Direito Penal Econômico, demonstrando-se, por fim, que a abordagem do erro conforme realizada no Direito Penal nuclear é eficiente para analisar as hipóteses de erros quando incidentes em normas de Direito Penal Econômico, observando-se, inclusive, a possibilidade de reconhecimento de elementos subjetivos especiais do tipo, explícitos ou implícitos, que necessitam do conhecimento da norma proibitiva para que possam ser contemplados. Para realizar tal demonstração o trabalho tem sua metodologia voltada, primeiramente, ao estudo do erro e como esse deve ser aplicado em diferentes casos, com especial atenção

⁵ GULHO, Roberto Santiago Ferreira. **Direito Penal Econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 2.

aos casos recorrentes nos crimes econômicos, apresentando, ainda, outras formas de se analisar o erro jurídico-penal propostas por diferentes autores.

O trabalho não visa esgotar o tema acerca dos erros no Direito Penal Econômico, objetivando, tão somente, abordar temas controversos acerca da incidência dos erros de tipo e erros de proibição nos crimes econômicos. Tal tema pretende ser analisado de maneira mais aprofundada futuramente em outros trabalhos.

A metodologia do presente trabalho divide sua análise em 3 etapas: primeiramente o trabalho apresenta um resumo histórico do entendimento acerca do erro jurídico-penal e do conceito de crime. Tal análise visa abordar temas como a criação do conceito de *dolus malus*, a alteração do erro de fato e erro de direito para erro de tipo e erro de proibição, as mudanças na concepção do conceito analítico de crime e os efeitos decorrentes de tal alteração, como por exemplo, a transferência do dolo, antes situado na culpabilidade, para o tipo penal, e também demonstrar o surgimento e consequências da teoria finalista e teoria limitada da culpabilidade, ambas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro.

Em um segundo momento, o trabalho expõe uma análise dos elementos que compõem o conceito analítico de crime e analisa os erros de tipo e de proibição, de forma a apresentar e abordar temas controversos no Direito Penal Econômico acerca do estudo do erro jurídico-penal.

Analisadas as modalidades de erro jurídico-penal, passa-se ao estudo da evitabilidade dos erros em matéria penal, tratando-se da análise da dúvida e do dever de informação.

No terceiro capítulo o trabalho irá desenvolver temas mais próximos da problemática do erro no Direito Penal Econômico, abordando os casos de dúvida, o dever de informação imposto aos agentes que atuam em áreas regulamentadas e diferentes teorias que visam alterar o entendimento do erro jurídico-penal, sobretudo nos casos de Direito Penal Econômico.

CAPÍTULO I – ANÁLISE HISTÓRICA

Em primeiro lugar, para que se analise o erro de tipo e erro de proibição inseridos na problemática do Direito Penal Econômico deve-se, antes de tudo, fazer uma análise histórica das diferentes teorias do delito e das teorias da culpabilidade existentes em outros contextos históricos, de forma a compreender qual o entendimento adotado na legislação brasileira e quais as tendências na temática dos erros citados.

Será realizado um breve apanhado histórico do Direito Penal Romano, passando-se, a seguir, a analisar as teorias do delito a partir do final do século XIX, período em que surgiu o conceito analítico de delito, o qual passou a influenciar todas as teorias surgidas posteriormente.

1.1. DIREITO PENAL ROMANO

O Direito Penal Romano apresentou e estudou os conceitos de imputabilidade, culpabilidade e de seus excludentes⁶. Também apresentou uma diferenciação entre *dolus* e *culpa*, sendo o primeiro a ofensa intencional a lei moral e a lei do estado, exercido com a consciência da injustiça. A *culpa*, por outro lado, indicava o agir descuidado ou negligente⁷. O lado subjetivo do delito é colocado em evidência no direito penal romano, exige-se o *dolus malus*⁸, aquele em que o agente possui consciência da ilicitude de seus atos.

No Direito Penal Romano também houve a ideia de que o erro de direito era irrelevante, havendo o predicado *error juris nocet*, ou *error juris semper nocet*, que significam: o erro de direito prejudica, ou então, sempre prejudica. Tal predicado teria

⁶ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 9. ed.revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

⁷ MOMMSEN, Teodoro *apud* PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 9. ed.revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

⁸ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I**. Traduzido da última edição e comentado por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899, p. 16.

surgido, segundo Ivan Martins Motta, do jurista romano Paulo, o qual afirmou que a ignorância de direito prejudicaria a qualquer um, mas que na verdade a ignorância de fato não prejudicaria. Demonstrando-se uma aceitação do erro que incidisse na representação fática (*error facti*) e a desconsideração dos erros de direito (*error juris*)⁹. Afirma ainda, Martins Motta, que mesmo a regra de irrelevância do erro de direito não era absoluta, havendo exceções para soldados, rústicos, mulheres e crianças, assim como não era aplicável aos crimes derivados de necessidades de caráter oportunista, criados com razões políticas, de forma que seria aplicável somente nos crimes de fundamento natural¹⁰.

1.2. SISTEMA CLÁSSICO DE DELITO

A partir do final do século XIX passou-se a cunhar, com atenção para a doutrina alemã, o conceito analítico de crime, através do entendimento que mais tarde seria chamado de Sistema Clássico de Delito. Tal teoria teve como precursores, em especial, Franz Von Liszt e Ernst Von Beling, sem prejuízo a outros autores que influenciaram o sistema clássico de delito. Nessa fase o tipo passou a ser visto como uma categoria autônoma, de forma que o delito foi compreendido como sendo composto pela tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, surgindo em oposição a noção original de *Tatbestand* oriunda do final do século XVIII, sendo caracterizada por enxergar o delito em sua integridade, com um caráter predominantemente objetivo.¹¹ Antes de Beling, o uso da expressão *Tatbestand* servia para indicar o fato ou o corpo de delito. A partir das obras de Beling, a expressão passou a designar o tipo, no caso, o elemento legal do delito, separado da antijuridicidade e da culpabilidade, ao qual era incumbida a função de descrever a conduta proibida¹².

Segundo o entendimento surgido, tanto a tipicidade quanto a antijuridicidade possuiriam caráter objetivo, de forma que a análise do dolo e da culpa recairia sobre

⁹ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32 e 33.

¹⁰ *Ibidem*, p. 33.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19 e 20.

¹² TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: variações e tendências**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 21 e 22.

a culpabilidade, sendo o dolo e a culpa a totalidade das espécies constitutivas da culpabilidade, que apenas admitia a imputabilidade como pressuposto.¹³

A culpabilidade era então representada pelo vínculo psicológico existente entre aquele que realiza a ação e o resultado.¹⁴

A ação no sistema Liszt-Beling passa a desempenhar uma função básica no conceito de delito, de forma a constituir elemento comum a qualquer crime. Dessa maneira, o sistema compreende a ação como valorativamente neutra, tendo sua natureza na existência de um movimento corpóreo voluntário que produz alterações no mundo exterior, sendo tal vontade a expressão que visa afastar as possibilidades em que há coação mecânica ou psicofísica e não a vontade como elemento psicomental ou no sentido de desejo racional¹⁵.

A então restrição da culpabilidade ao liame psicológico negou importância à consciência da ilicitude, de forma que deixou de existir relevância nos casos de erro de direito.¹⁶

Em consonância com a distinção entre culpabilidade e antijuridicidade, defendida por Von Liszt, surgiu, em um período no qual a doutrina das ciências sociais se voltava ao positivismo, a teoria psicológica da culpabilidade¹⁷. Nas palavras de Von Liszt, “culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou”¹⁸, afirmando ainda que “a ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationes poenam nemo patitur*”¹⁹.

A culpabilidade era, para a teoria psicológica da culpabilidade, o vínculo psicológico entre a conduta praticada e o resultado da conduta²⁰.

Nesse período predominou, quanto ao entendimento a respeito dos erros de fato e erros de direito, o entendimento de se escusar apenas os erros de fato, de forma que os erros de direito seriam considerados irrelevantes, seguindo de perto a antiga

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto *apud* ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 58.

¹⁴ ALMEIDA, André Vinicius de, *ibidem*, p. 58.

¹⁵ TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: variações e tendências**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 17 e 18.

¹⁶ ALMEIDA, André Vinicius de, *op. cit.*, p. 58 e 59.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p 92

¹⁸ LISZT, Franz Von *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto, *ibidem*, p. 92.

¹⁹ LISZT, Franz Von *apud* MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 93

dogmática romana do *error juris semper nocet* (o erro de direito sempre prejudica). No erro de direito haveria a plena representação da realidade dos fatos por parte do agente, mas que, por ignorância ou por um falso conhecimento da lei, não teria esse percebido a ilicitude de seu ato. Não se fazia, à época, diferenciação entre ignorância da lei e erro de proibição, de forma que a inescusabilidade do erro de direito se pautava, em geral, na necessidade de se impedir lacunas na penalização de agentes²¹. Ademais, afirma André Vinicius de Almeida que a exclusividade do liame psicológico na análise da culpabilidade, existente no sistema clássico de delito, acabou por deixar de lado a consciência da ilicitude, de forma que o erro de direito não possuiria relevância.²²

O erro de fato, por outro lado, não obteve o mesmo tratamento dado ao erro de direito. O erro de fato ocorreria quando houvesse uma falsa percepção da realidade, de forma que o agente acreditaria estar diante de uma situação lícita quando na verdade se tratava de um ilícito penal. No caso da teoria psicológica, haveria, segundo Ivan Martins Motta, uma causa de exclusão da culpabilidade, de forma que quando se tratasse de erro de fato escusável, a culpabilidade seria excluída, e no caso de erro inescusável, excluir-se-ia o dolo, de modo que subsistiria a punição por crime culposos, quando previsto em lei.²³

1.3. O SISTEMA NEOCLASSICO DE DELITO

Em um segundo momento, passou a haver uma superação em relação ao positivismo-naturalista que ensejava o Sistema Clássico de Delito, surgida de influências de raiz neokantiana que permitiram o desenvolvimento do comumente chamado Sistema Neoclássico, Neokantiano ou causal-valorativo de delito. Nesse momento houve divergência, destacando-se os autores Mayer e Mezger, no sentido do papel da antijuridicidade na estrutura do delito. Mayer passou a entender que a adequação da conduta ao tipo já demonstrava um indício de antijuridicidade, de forma

²¹ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30 e 31.

²² ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 59.

²³ MOTTA, Ivan Martins, *op. cit.*, p. 29 e 30.

a considerar a tipicidade como *ratio cognoscendi* da antijuridicidade²⁴. O autor também concebeu a existência de elementos normativos do tipo, os quais se caracterizavam por não serem elementos apenas descritivos, mas que produziam juízos de valor, já demonstrando que o tipo não seria composto apenas por elementos objetivos, como entendia Beling²⁵. Os elementos normativos do tipo possuem uma diferença em relação aos elementos meramente descritivos pois para aqueles a atividade cognitiva se mostra insuficiente para uma adequada interpretação do comando da norma, exigindo-se um exercício de valoração por parte do agente. Segundo Roxin, os elementos descritivos requerem uma percepção sensorial, ao passo que os elementos normativos requerem uma compreensão espiritual²⁶.

Mezger concordou com a existência dos elementos normativos²⁷ proposta por Mayer, entendendo, por sua vez, que haveria uma aproximação mais radical entre tipicidade e antijuridicidade do que a elaborada por Mayer. Para Mezger o delito possuiria uma estrutura bipartida, incluindo-se a tipicidade na antijuridicidade, considerando-se o crime como uma “ação tipicamente antijurídica e culpável”²⁸. O autor entendeu que a tipicidade não era apenas um indício de antijuridicidade (*ratio cognoscendi*), mas sim a própria base da antijuridicidade (*ratio essendi*), sendo aquela a razão de ser desta²⁹.

Ao compreender que a tipificação seria essencial a antijuridicidade, Mezger passou a entender a existência de uma ilicitude penal diversa de uma geral, podendo haver uma conduta justificada para o Direito Penal, mas antijurídica para outro ramo do direito. No entanto, essa abordagem não prosperou, pois entende-se que a antijuridicidade é semelhante para todo ordenamento jurídico e caso incida uma causa de justificação, a conduta será permitida em todo o ordenamento³⁰.

A doutrina de Mezger, em sua análise acerca da tipicidade como *ratio essendi* da antijuridicidade, não prosperou na doutrina, havendo uma maior influência de

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p 22

²⁵ *Ibidem*, p. 22

²⁶ ROXIN, Claus *apud* ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 92.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 22.

²⁸ *Ibidem*, p. 22.

²⁹ *Ibidem*, p. 23.

³⁰ *Ibidem*, p. 23.

Mayer, que, entendendo a tipicidade como *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, acabou por ser mais relevante para a doutrina do Direito Penal.

A fase neoclássica foi um campo fértil para o desenvolvimento da teoria psicológico-normativa, ou normativa, da culpabilidade, assim como para o aparecimento das teorias do dolo, de forma a haver um avanço na teoria do erro.³¹

Na teoria psicológico-normativa deixou-se de ver o dolo e a culpa como meras espécies de culpabilidade, de forma que passou-se a entendê-las como elementos da culpabilidade, retirando a exclusividade anteriormente observada e passando a aceitar a existência de outros elementos integrantes da culpabilidade.

A culpabilidade passa a ser vista como algo externo ao agente, a partir de um juízo de reprovação emitido pelo ordenamento, analisando-se a censurabilidade do ato praticado e não apenas o dolo ou culpa. Passam a ser elementos da culpabilidade o dolo ou a culpa, a imputabilidade (antes tida como pressuposto) e a exigibilidade de conduta diversa.³²

Ademais, a teoria psicológico-normativa trouxe um novo elemento ao dolo, a consciência da ilicitude. Passou-se a entender que haveria a necessidade de que o agente quisesse praticar o ilícito.³³ Uniu-se, dessa forma, um elemento cognitivo que era caracterizado pela consciência da ilicitude, chamado de aspecto normativo, a um elemento volitivo, caracterizado pela vontade, chamado de aspecto psicológico, de forma a moldar uma concepção híbrida de dolo que caracterizava a figura do *dolus malus*, um dolo em que o agente reconhecia a ilicitude de seu ato.

A partir da análise da existência de um dolo normativo, ou *dolus malus*, aparecem as teorias do dolo, na forma de teoria estrita e limitada do dolo³⁴.

Observa-se, a partir da análise de um dolo normativo, que o erro que incidir tanto em relação ao elemento volitivo (vontade de realizar a conduta) quanto em relação ao elemento cognitivo (consciência da ilicitude), excluiria o dolo. A teoria estrita do dolo trouxe o entendimento da unificação entre os erros de fato e erros de direito, pois ambos teriam como efeito a exclusão do dolo, admitindo-se a condenação

³¹ ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 60.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

³³ *Ibidem*, p. 100.

³⁴ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

por culpa no caso de erros evitáveis e a exclusão da responsabilidade no caso de erros inevitáveis.³⁵

A partir dessa análise tem-se que haveria a possibilidade do agente ficar impune através da alegação de consciência da ilicitude no caso de crimes punidos apenas na modalidade dolosa. Como forma de resolver esse problema a teoria limitada do dolo dispõe que o erro que surgisse de uma inimizade com o direito, através de uma cegueira em relação ao ordenamento ou de um desprezo pelo direito, admitiria a punição por crime doloso, sendo um dolo fictício derivado da inimizade do agente com o direito.³⁶

A respeito dessa análise de um dolo fictício, Ivan Martins Motta nos remete às palavras de Assis Toledo que afirma que tal análise introduz “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 do autor”³⁷.

1.4. SISTEMA FINALISTA

Surgindo a teoria finalista da ação, que teve como seu principal expoente o autor Hans Welzel, a teoria neokantiana passou a enfraquecer.

A teoria finalista da ação ganhou força no Brasil e, a partir da reforma do Código Penal ocorrida em 1984, através da Lei nº 7.209/1984, passou a ser a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, possuindo, também, grande força na doutrina brasileira, como adeptos do finalismo Juarez Tavares cita, em 2009, Luiz Régis Prado, Heleno Cláudio Fragoso, Juarez Cirino dos Santos, Cezar Roberto Bitencourt, entre outros³⁸.

A grande inovação trazida pela teoria finalista foi apresentar uma visão mais complexa do tipo. Essa teoria transferiu o dolo e a culpa, que até então estavam situados na culpabilidade, para o tipo, o qual passou a ser uma realidade complexa,

³⁵ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.

³⁶ *Ibidem*, p. 43.

³⁷ ASSIS TOLEDO, Francisco de *apud* MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

³⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 49.

composta por uma parte objetiva, formada pela descrição legal, e uma parte subjetiva, representada pelo dolo, culpa e outras características subjetivas. Nesse sentido Cezar Roberto Bitencourt afirma que a parte objetiva passou a formar o componente causal e a subjetiva o componente final, de forma que o segundo dominaria e dirigiria o primeiro³⁹.

O aspecto mais contundente da teoria finalista é a consideração da ação como uma atividade consciente dirigida a um fim. Welzel afirma que a ação é o exercício da atividade final⁴⁰. Passa a vigorar o entendimento de que o Direito Penal não se preocupa apenas com o desvalor do resultado de uma ação, mas principalmente com o próprio desvalor da ação, de forma a buscar a proibição, em um primeiro plano, de ações que visam atingir os bens jurídicos mais importantes, caracterizando-se os delitos dolosos. Em um segundo momento o Direito Penal proíbe ações finais que, mesmo não visando o resultado final indesejável, acabaram por produzi-lo devido a uma falta ao dever jurídico de cuidado. Determina, ainda, o dever de agir em determinadas situações como forma de buscar a proteção dos bens jurídicos, caracterizando os delitos omissivos.⁴¹

Nessa fase, portanto, observa-se que o dolo e a culpa deixam de integrar a culpabilidade e passam a integrar o tipo, que se torna uma estrutura complexa, composta por elementos objetivos e subjetivos. A culpabilidade, por outro lado, passa a ser composta pela imputabilidade, consciência da ilicitude e exigência de comportamento conforme o direito⁴².

Com a transferência do dolo e da culpa para o tipo, separando-os da consciência da ilicitude, surge a teoria normativa pura da culpabilidade e as teorias do dolo perdem sua funcionalidade, de forma a serem substituídas pelas teorias extremada e limitada da culpabilidade⁴³.

A corrente finalista, ao separar o conhecimento da ilicitude do dolo, deixando o primeiro na culpabilidade e transferindo o dolo para o tipo, eliminou a noção de *dolus malus*, existente na concepção neokantiana, e passou a entender o dolo como sendo

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25.

⁴⁰ WELZEL, Hans *apud* TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 39.

⁴¹ TAVARES, Juarez, *ibidem*, p. 46 e 47.

⁴² ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 64

⁴³ *Ibidem*, p.64

composto por um elemento intelectual, caracterizado pela previsão, e um elemento volitivo, caracterizado pela vontade.⁴⁴

A culpabilidade é, segundo Jescheck, a reprovabilidade da formação da vontade do agente⁴⁵. A ação típica e antijurídica não logra, por si, a capacidade de sancionar o agente, pois a conduta exercida também deve ser reprovável⁴⁶.

A culpabilidade também se presta a analisar o grau de reprovabilidade da conduta, verificando a necessidade de uma maior ou menor reação social, de forma a servir, também, como limite da pena, que deve ser proporcional a reprovabilidade da conduta⁴⁷.

Com o fim da noção de *dolus malus* através da separação entre dolo e consciência da ilicitude, colocando o dolo como elemento subjetivo do tipo e a consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade, acabou-se a unificação entre erro de fato e erro de direito, os quais também deixaram de existir para dar lugar ao erro de tipo e erro de proibição.

A alteração da nomenclatura erro de fato e erro de direito para erro de tipo e erro de proibição decorre da nova percepção quanto a incidência dos erros, de forma que, não se alteram apenas os nomes, mas também os conceitos. O erro de tipo é, então, compreendido como o erro que incide sobre elementos do tipo, atingindo o elemento intelectual do dolo, ao passo que o erro de proibição recai sobre a ilicitude da conduta praticada, de forma a atingir a consciência da ilicitude, situada na culpabilidade, em separado do dolo⁴⁸. O erro de tipo, à exceção dos erros de tipo acidentais, que serão tratados adiante no trabalho, exclui a tipicidade quando inevitável, por ausência de dolo e culpa, e, quando evitável, exclui o dolo, admitindo a responsabilização pela modalidade culposa, caso prevista em lei. O erro de proibição, por outro lado, exclui a culpabilidade quando inevitável e, no caso de ser evitável, atenua a pena, permanecendo a punição por crime doloso.⁴⁹

Com a transferência do dolo e da culpa para o tipo penal, separando aquele da consciência da ilicitude, ocorreu a falência das teorias do dolo. A partir disso

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105

⁴⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto, *ibidem*, 2013, p. 107.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, *ibidem*, p. 107.

⁴⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 525.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 145.

⁴⁹ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

surgiram teorias para solucionar o problema em relação à dogmática do erro diante da nova perspectiva de delito trazida pela teoria finalista da ação e normativa pura da culpabilidade. A solução da problemática coube às teorias extremada e limitada da culpabilidade, que, apesar de semelhantes em diversos aspectos, possuem diferenças importantes.

A diferença entre as teorias reside nas situações em que o agente se encontra em erro referente a causas de justificação de sua conduta, de forma a acreditar tratar-se de conduta lícita. Na visão da teoria extremada da culpabilidade, todo erro que incidisse sobre causas de justificação seria um erro de proibição, entendendo que os erros relativos a ilicitude, seja sobre existência, limites ou pressupostos fáticos de uma causa de justificação, seriam erro de proibição⁵⁰. A teoria limitada, por outro lado, separa os erros que incidem nas causas de justificação da conduta. Segundo essa teoria, separa-se o erro incidente nas suposições fáticas de existência de uma causa de justificação do erro quanto a existência ou então abrangência de uma causa de justificação. No primeiro caso, em que o agente supõe erroneamente estar em uma situação, que se de fato existisse, tornaria a conduta legítima, a teoria limitada entende haver erro de tipo na modalidade permissiva, também chamado de discriminante putativa, incidindo-se os efeitos do erro de tipo. No segundo caso, em que o agente resolve agir compreendendo a situação fática que se desenrola, mas que, acreditando na existência ou abrangência de uma causa de justificação que se encaixe nos fatos, acaba agindo de maneira ilícita, a teoria limitada da culpabilidade entende haver erro de proibição.⁵¹

A respeito da teoria limitada da culpabilidade, Cezar Roberto Bitencourt tece algumas críticas. Segundo o autor aquele que é vítima de um ato praticado em razão um erro invencível não poderia agir em legítima defesa, pois o agente que estava em erro, nesse caso, estaria agindo de maneira lícita, impossibilitando a ideia de legítima defesa. Outra crítica decorre da impossibilidade de punir o partícipe que, tendo consciência que o agente se encontra em erro quanto aos pressupostos fáticos acreditando haver uma causa de justificação, auxilia o agente a executar a conduta. Nesse caso o partícipe não é punido, pois a punibilidade do partícipe exige que a

⁵⁰ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147.

conduta do agente seja típica e antijurídica. Ainda critica o fato de que a teoria limitada impediria a punição por tentativa mesmo nos casos em que o agente agisse em um erro vencível, pois os crimes culposos não admitem modalidade tentada.⁵²

Percebe-se, dessa forma, que a teoria limitada da culpabilidade apresenta uma forte aproximação entre o erro de tipo e a interpretação dos fatos na mente do agente, pois a teoria compreende que mesmo o agente tendo consciência de estar praticando uma conduta tipificada, caso realize a conduta em razão de imaginar a existência de uma situação justificante, incidirá em erro de tipo. Por outro lado, se o agente possuir a representação fática de acordo com a realidade mas não possuir a consciência de que a conduta que pratica é ilícita, incidirá em erro de proibição.

Apesar das críticas apontadas, a reforma penal ocorrida no Brasil em 1984 introduziu, junto à teoria finalista, a teoria limitada da culpabilidade no Código Penal, através do art. 20, §1º, do CP, o qual trata a respeito das discriminantes putativas.

Além das teorias citadas, é importante demonstrar que as teorias funcionalistas, apesar de não analisadas no presente capítulo, possuíram grande influência no Direito Penal brasileiro, mas não serão analisadas em razão do Código Penal brasileiro adotar a teoria finalista da ação. Ademais, em relação ao aspecto que o presente trabalho pretende analisar, as teorias finalistas e funcionalistas não se encontram muito distantes, de forma que, mesmo não realizando a análise de tais teorias, o presente trabalho possui a influência de autores funcionalistas, como por exemplo Claus Roxin e Alaor Leite, não deixando de lado tais ensinamentos.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147.

CAPÍTULO II – OS ELEMENTOS DO CRIME E AS ESPÉCIES DE ERRO

Realizada uma análise histórica da teoria do delito e a atual concepção do conceito analítico de crime como conduta típica, antijurídica e culpável, passa-se a análise de cada um desses elementos em separado. Em seguida analisam-se as espécies de erro jurídico-penal.

2.1. TIPO PENAL

2.1.1. ELEMENTOS OBJETIVOS DO TIPO

Os elementos que compõe o tipo podem ser de natureza objetiva ou subjetiva.

Os elementos de ordem objetiva podem ser subdivididos em elementos descritivos, normativos e de valoração global do fato, sendo que os elementos de valoração global do fato também são chamados, por alguns autores, de elementos normativos referidos ou vinculados à antijuridicidade ou então elementos jurídicos normativos da ilicitude.⁵³

Os elementos descritivos são aqueles perceptíveis através de mera atividade sensorial, de forma que podem ser reconhecidos através dos sentidos, como por exemplo: *coisa móvel* ou *mercadoria*.⁵⁴

Os elementos normativos, por outro lado, são aqueles que não podem ser percebidos com a mesma facilidade, necessitando de uma atividade valorativa por parte do intérprete da norma, um juízo de valoração, como é o exemplo da expressão “decoro” no crime de injúria (art. 140, CP)⁵⁵.

Os elementos de valoração global do fato possuem estreita ligação com as características dos elementos normativos, de forma que são chamados por

⁵³ ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 94.

⁵⁴ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 9. ed.revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 329.

⁵⁵ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

determinados autores de, por exemplo, elementos normativos indicadores de antijuridicidade⁵⁶ ou simplesmente como elementos normativos que possuem referência específica a causas de justificação⁵⁷. Tais elementos são caracterizados por, além de exigirem um juízo de valoração, estarem ligados à antijuridicidade do fato, como é o caso das expressões “sem justa causa” ou “sem permissão legal”⁵⁸.

Em razão da referência dos elementos de valoração global da antijuridicidade do fato, existem divergências doutrinárias em relação ao erro que incide nesses elementos, uma vez que esse erro estaria diretamente ligado a antijuridicidade, e, portanto, às causas de justificação. Por outro lado tal erro também estaria incidindo em um elemento do tipo.

A divergência doutrinária surge pois parte da doutrina compreende que, a partir do momento em que esses elementos são introduzidos ao tipo, eles passam a compor a tipicidade e portanto sobre eles incidirá o erro de tipo⁵⁹. Em posição divergente, Ivan Martins Motta destaca o pensamento de Welzel, no sentido de que o fato da antijuridicidade estar inserida na descrição da conduta típica não a converte em elemento do tipo, pois, para Welzel, ela não possui características do tipo e sim regras de antijuridicidade. Os erros em relação a esses elementos, logo, seriam erros de proibição⁶⁰.

Claus Roxin, em entendimento diverso aos anteriores, passou a subdividir, conforme expõem Luís Greco e Alaor Leite, o erro em relação aos elementos valorativos entre aqueles que se pautam em pressupostos fáticos, daqueles que se pautam na própria valoração, de forma que os erros em relação aos pressupostos fáticos seriam erros de tipo e os erros ligados à valoração seriam erros de proibição⁶¹. Pode-se exemplificar tal entendimento analisando-se a conduta de alguém que porte arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, incidindo no crime previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003. Neste caso

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308 e 309.

⁵⁷ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120. 9.** ed.revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 330.

⁵⁸ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 97

⁶⁰ WELZEL, Hans *apud* MOTTA, Ivan Martins, *ibidem*, p. 97

⁶¹ LEITE, Alaor; GRECO, Luís. **Claus Roxin, 80 anos**. Revista Liberdades, online, nº 7, artigo 4: IBCCRIM, maio – agosto de 2011. Disponível em:

http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/87-ARTIGO. Acesso em: 20/09/2014.

poderia se vislumbrar o erro ocorrendo de duas maneiras: primeiro o agente poderia desconhecer a necessidade de autorização para o porte de arma, nesse caso o agente não possuiria consciência da ilicitude, o que é condizente com o erro de proibição, pois há dolo no porte de arma mas erro em relação a ilicitude de sua conduta. De maneira distinta, o erro poderia ocorrer no caso do agente crer possuir a autorização, mas essa autorização ser inócua, o que poderia se dar, por exemplo, por ter vencido a validade sem que o agente tenha tido o conhecimento. Nesse segundo caso o agente estaria em erro em relação ao fato, acreditando haver uma situação que torna sua conduta lícita.

Apesar da divergência doutrinária existente acerca do erro em relação aos elementos de valoração global do fato, os erros incidentes nos elementos descritivos e normativos (com exceção dos relativos ao injusto) são reconhecidos pela doutrina como erros de tipo. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o erro de tipo existe na ignorância ou na falsa representação dos elementos que compõe o tipo penal, de forma a considerar independente a incidência do erro ser fática, relacionada a conceitos ou normas jurídicas, sendo importante que o objeto no qual incide o erro pertença ao tipo⁶².

Superada a análise dos elementos objetivos do tipo, passa-se à análise da parte subjetiva da tipicidade.

2.1.2. DOLO

O tipo subjetivo é composto por seu elemento geral, o dolo, e, em determinados casos, o dolo somado a elementos especiais indicadores de intenções e tendências, os quais são conhecidos como elementos subjetivos especiais do injusto⁶³.

O dolo, por sua vez, é composto por um elemento cognitivo e um elemento volitivo.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 150.

⁶³ *Ibidem*, p. 41.

O elemento cognitivo é representado pela consciência atual daquilo que se deseja praticar, pela representação psíquica. A representação, para o agente, deve conter os elementos essenciais constitutivos do tipo, estando os fatos da conduta típica representados na mente do agente, independentemente do conhecimento da configuração do tipo, sendo que tal representação deve abranger os elementos descritivos e normativos, compreendendo-se, inclusive, as qualificadoras, agravantes, minorantes e elementos acidentais do tipo⁶⁴. A esse respeito, afirma Cezar Roberto Bitencourt, em uma concepção atrelada a teoria dos elementos negativos do tipo, que o agente também deveria possuir, para que esteja presente o elemento cognitivo do dolo, a representação dos caracteres negativos do tipo, como por exemplo “consentimento de quem de direito” (art. 164 do CP)⁶⁵.

Já o elemento volitivo é representado pela vontade do agente em agir de determinada maneira, seja na ação ou omissão, abrangendo o resultado e o nexo causal, ressaltando-se que o agente deve ter a possibilidade de realmente influenciar o curso causal através de sua vontade⁶⁶. Cita-se o corriqueiro exemplo de um agente que pede a seu desafeto para caminhar por uma planície durante uma tempestade por desejar que um raio atinja seu desafeto e o mate. Por mais que o agente deseje a morte, ele deve ser capaz de influenciar o curso causal.

No direito penal o agente pode ser responsabilizado a título de dolo ou culpa. O dolo subdivide-se em dolo direto e dolo eventual, a culpa, por sua vez, subdivide-se em culpa consciente, a qual se aproxima ao dolo eventual, e culpa inconsciente.

O dolo direto ocorre quando há a finalidade de realizar a conduta típica. Cezar Roberto Bitencourt divide o dolo direto em três aspectos: o primeiro é a representação do resultado, assim como dos meios necessários e consequências decorrentes; o segundo é o desejar a ação e o resultado, assim como os meios de realização; o terceiro é a anuência com as consequências tidas como certas, sejam necessárias ou possíveis, que decorram da ação pretendida pelo agente⁶⁷.

O dolo direto em relação ao objetivo principal do agente é considerado pela doutrina como dolo direto de primeiro grau, o dolo existente em relação aos efeitos colaterais, consequências lógicas da ação principal, é classificado como dolo direto

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 46.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 48.

de segundo grau. Cezar Roberto Bitencourt exemplifica as duas formas de dolo direto ao colocar a situação em que um agente pretende matar uma pessoa e coloca uma bomba em um táxi, que, no caso, logicamente mataria motorista e passageiros. Nesse caso haveria dolo direto de primeiro grau em relação ao alvo e dolo direto de segundo grau em relação aos outros que se encontravam no táxi.⁶⁸

O dolo eventual, que muitas vezes se aproxima da culpa consciente, existirá quando o agente não quiser, diretamente, a realização da conduta típica, mas entende-la como possível ou provável, de forma a assumir o risco pela produção do resultado⁶⁹.

Para a configuração do dolo eventual é necessário, para Bitencourt, a existência dos elementos constitutivos do dolo direto, quais sejam, consciência e vontade. A configuração do dolo eventual, segundo o autor, que alia-se à teoria do consentimento, não ocorre apenas quando há ciência da probabilidade do resultado, sendo necessária a existência do elemento volitivo, nesse caso representado pela anuência prévia do agente em produzir o resultado provável caso tal resultado viesse a ocorrer⁷⁰.

Com relação ao dolo nos tipos omissivos, ocorrem determinadas peculiaridades. Segundo Juarez Tavares, na medida em que os crimes comissivos possuem o dolo orientado à realização da conduta tipificada, nos crimes omissivos o dolo se expressa com a decisão da inação, possuindo o sujeito a consciência de que poderia agir de forma a evitar o resultado. Dessa forma, afirma o autor, que não basta ao agente o conhecimento da situação em que se fundamenta eventual dever de agir, deve o agente decidir-se pela não execução da possível ação, observando-se, portanto, o elemento volitivo do dolo⁷¹.

2.1.3. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO TIPO

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48 e 49.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 50.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 51.

⁷¹ TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996, p. 95 e 96.

Junto com o dolo, pode haver, nos tipos penais, outros elementos subjetivos que indicam um especial fim de agir. O elemento subjetivo especial do tipo ou do injusto surge a partir da técnica legislativa em que são inseridas características psíquicas aos tipos dolosos diversas do dolo, as quais expressam intenções, tendências especiais, ou atitudes pessoais do agente que são necessárias para que a conduta possa se tornar típica⁷². Nessas situações o legislador não visa a mera punição de determinada conduta, mas sim a conduta aliada a um elemento psíquico específico do agente. Trata-se de técnica muito usada no caso dos delitos econômicos, pois muitas vezes se busca punir o agente não por ter gerado determinado resultado, mas por ter um especial fim de agir reprovável.

Há diversas formas de se classificar os elementos subjetivos especiais do tipo. Segundo Bitencourt, a classificação mais comum os subdivide em delitos de intenção, tendência e momentos especiais de ânimo.⁷³

Os delitos de intenção são aqueles em que existe um especial fim de agir, havendo uma finalidade transcendente, a qual não necessita ser alcançada para a configuração do delito⁷⁴. Determinado comportamento pode ser lícito ou ilícito a depender da intenção com que é praticado, a qual pode tornar a conduta típica⁷⁵. Luiz Régis Prado cita, como exemplo, o crime de receptação, o qual apresenta a intenção “em proveito próprio ou alheio” (art. 180 do CP), sem a qual o delito não se configura⁷⁶.

Segundo Régis Prado, os elementos que produzem os delitos de intenção dão espaço, em determinados casos, aos delitos de resultado cortado e delitos mutilados de vários atos. Nesses delitos o agente é punido pelo crime consumado independentemente de resultado, pois o delito se consuma anteriormente à produção do resultado, possuindo, tais delitos, uma estrutura típica de tentativa ou de atos preparatórios⁷⁷. Nos delitos de resultado cortado há a realização de um ato que visa à produção de um resultado, o qual é externo ao tipo, a exemplo do delito de extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP), em que o mero sequestro que possua a intenção

⁷² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 163 e 164.

⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

⁷⁴ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 339.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁶ PRADO, Luiz Régis, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁷ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 339.

de extorsão configura o delito, independentemente de ocorrer o resultado pretendido. Os delitos mutilados de vários atos são caracterizados pela finalidade dos atos não estar expressa no tipo, o autor deseja alcançar a finalidade após realizar o tipo, a exemplo do delito de moeda falsa (art. 289 do CP)⁷⁸. No caso dos delitos mutilados de vários atos, a inexistência da finalidade específica exclui o crime. O delito de moeda falsa, por exemplo, não se consuma nos casos em que o agente realiza a conduta descrita no tipo visando finalidade artística ou então para demonstrar habilidade ou técnica⁷⁹.

Os delitos de tendência são aqueles que preveem a presença de um ânimo específico do agente na realização da conduta para que possa haver adequação típica. Não é necessária a busca por um resultado ulterior ao exposto no tipo e sim que a ação possua um sentido subjetivo previsto no tipo ou decorrente da própria natureza do delito, conforme afirma Luiz Régis Prado⁸⁰. Um exemplo é o “propósito de ofender” presente nos artigos 138, 139 e 140 do CP.

Os momentos especiais de ânimo são, segundo Bitencourt, estados anímicos especiais que, diferentemente dos anteriores, não revelam uma responsabilidade pessoal pelo ato, possuindo um maior vínculo com a reprovabilidade social do fato. Tais estados, segundo o autor, estariam submetidos a uma análise externa de desvalor, de forma que mesmo os inimputáveis poderiam incidir em tais situações⁸¹. Um exemplo é a expressão “sem escrúpulos”, a qual, pelo entendimento do autor, não necessariamente será orientadora da ação, de forma a poder ser valorada externamente ao agente⁸².

Nos delitos em que existem elementos subjetivos especiais do tipo, tais elementos são necessários para a configuração do crime, de tal modo que, quando inexistentes, não há crime.

2.1.4. TIPO CULPOSO

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

⁷⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 4. Parte especial: Dos crimes contra a fé pública a Dos crimes contra a administração pública**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 13.

⁸⁰ PRADO, Luiz Régis. *op. cit.*, p. 340.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 56.

⁸² *Ibidem*, p. 56.

No delito doloso se pune a atitude do agente que possui finalidade ilícita, já no delito culposo pune-se a negligência do agente que, buscando uma finalidade, acaba por atingir finalidade diversa e ilícita. No injusto culposo a direção finalista da ação realizada pelo autor atinge resultado diverso do pretendido, servindo para que se identifique o dever objetivo de cuidado na situação concreta, sendo que, para a configuração do delito culposo, o relevante é a infração ao dever objetivo de cuidado⁸³. No entendimento de Juarez Tavares os tipos culposos são caracterizados pela existência de conduta voluntária e conduta descuidada⁸⁴.

Segundo Fernando Capez, a culpa é elemento normativo do tipo, pois essa depende de um juízo de valor para verificar sua existência, sendo que dessa análise costuma-se afirmar que os tipos culposos são tipos abertos⁸⁵. Com relação a existência de um elemento subjetivo, Bitencourt afirma não haver tipo subjetivo nos delitos culposos, mas reconhece, assim como Juarez Tavares, a existência de um componente subjetivo que é formado em razão da vontade final do agente que pratica a conduta, afirmando, ainda, que não há relevância na divisão do tipo culposo em tipo penal objetivo e subjetivo, pois a relação volitiva do agente é irrelevante nesses tipos⁸⁶. Ressalta-se que, apesar de ser entendimento minoritário, parte da doutrina entende haver um tipo subjetivo nos delitos culposos, presentes, no caso de culpa consciente, na existência da representação do fato, na previsibilidade do resultado e na confiança na não ocorrência, e, no caso de culpa inconsciente, o tipo subjetivo estaria no conhecimento dos fatores formadores do risco e na possibilidade de se prever a realização do tipo objetivo⁸⁷.

Bitencourt afirma que o injusto culposo possui, como elementos constitutivos, a inobservância do cuidado objetivo devido, a existência de resultado e nexos causal,

⁸³ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 341.

⁸⁴ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência: Uma Contribuição à Teoria do Crime Culposo**. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 271.

⁸⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 193.

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66 ; TAVARES, Juarez, *op. cit.*, p. 278.

⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 196.

a previsibilidade objetiva do resultado e a conexão interna entre desvalor da ação e do resultado⁸⁸.

A legislação brasileira prevê três diferentes modalidades de culpa. Conforme o art. 18, inciso II, do CP, a culpa pode se dar nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia.

A culpa pode, ainda, ser consciente, inconsciente ou imprópria. A culpa consciente existe quando o agente tem conhecimento do perigo gerado por sua conduta, percebe como possível a ocorrência do resultado previsto no tipo penal, mas possui a convicção de que tal resultado não ocorrerá ou que poderá evita-lo⁸⁹, diferenciando-se do dolo eventual, em que o agente assume o risco de produzir o resultado previsto no tipo, da culpa consciente. Afirma Bitencourt que, além da previsibilidade do resultado, o agente deve ter o conhecimento do dever de cuidado, o qual é elemento da culpa, de forma que esse desconhecimento poderia, até mesmo, descaracterizá-la. Afirma também a possibilidade de ocorrer erro de proibição mesmo no caso de crimes culposos, quando o agente, por exemplo, realiza determinada conduta faltando ao dever de cuidado por acreditar que sua conduta esteja justificada, pois supõe a existência de uma causa de justificação ou erra quanto ao conteúdo, significado ou limite dessa⁹⁰.

A culpa inconsciente se verifica quando o agente não tem consciência da possibilidade de ocorrer o resultado típico. O agente atua sem perceber a periculosidade de sua ação. Nessas situações não há nexos psicológico entre o agente e o resultado provocado, sendo o autor punido em virtude do desleixo na realização da conduta⁹¹.

Por fim, a culpa imprópria existe nos casos em que o agente, agindo em erro de tipo inescusável, atua dolosamente visando determinado fim típico, mas o faz pois supõe uma realidade fática diversa da existente. Em um momento inicial, quando se forma o erro, o agente age com culpa, no momento posterior⁹². No entendimento de

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66.

⁸⁹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 345

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 77.

⁹¹ *Ibidem*, p. 78.

⁹² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 198.

Bitencourt, a terminologia culpa imprópria está superada, pois esse afirma a falta de rigor científico da terminologia⁹³.

2.1.5. NORMAS PENAIS EM BRANCO

Consideram-se normas penais em branco aquelas que não possuem seu preceito primário completo, de forma que necessitam ser complementadas através de outro diploma normativo que traga os limites da proibição ou imposição feitos pela lei, tais diplomas podem ser leis ou mesmo decretos, regulamentos, etc⁹⁴. De forma que tal complemento passa a integrar o tipo penal objetivo⁹⁵.

A doutrina divide as normas penais em branco em: normas penais em branco homogêneas e normas penais em branco heterogêneas⁹⁶.

Normas penais em branco homogêneas são aquelas cujo a complementação provém da mesma fonte legislativa que editou a norma penal em questão, podendo a norma que traz a complementação estar no mesmo diploma legal ou em diploma legal diverso⁹⁷.

As normas penais em branco heterogêneas são aquelas em que seu complemento provém de norma produzida por fonte diversa daquela que a editou, como seria o caso de normas penais complementadas por decretos ou portarias⁹⁸. Sendo comumente utilizadas em matérias instáveis, sob o argumento de que o legislador penal não acompanharia as rápidas mudanças em tais matérias⁹⁹.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

⁹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 20

⁹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 54

⁹⁶ GRECO, Rogério. *op. cit.*, p. 21.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 22.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 206.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, as leis penais em branco traduzem uma moderna à administrativização do Direito Penal, levando o poder punitivo a funcionários e diplomas normativos do Poder Executivo¹⁰⁰.

Tal administrativização do Direito Penal, largamente presente no Direito Penal Econômico, é bastante conturbada na doutrina. Juarez Cirino dos Santos entende que tal delegação de capacidade normativa penal ao Poder Executivo ou a níveis inferiores de atos legislativos estaria infringindo o princípio da legalidade, pois, segundo o autor, o uso do Direito Penal com a finalidade instrumental de realizar políticas públicas emergenciais é inconstitucional¹⁰¹. Ainda, segundo Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, a norma penal em branco fere o princípio da legalidade formal, aceitando a legalidade apenas daquelas que provêm da própria lei, de lei de hierarquia idêntica ou de lei de hierarquia superior¹⁰².

O complemento de uma norma penal em branco é visto como um elemento constitutivo da própria norma penal, pois esta não poderia ser aplicada sem tal complemento¹⁰³. Portanto, o erro que incidir em normas que complementam o tipo penal em branco deve ser analisado de forma a considerar tais complementos como integrantes do tipo penal. Caso o agente erre sobre circunstância que compõe elemento essencial do tipo, ocorrerá erro de tipo. Caso erre quanto a interpretação ou desconheça a ilicitude de sua conduta, será considerado erro de proibição.

Posição diversa, hoje pouco defendida, já foi aceita por autores como José Frederico Marques, os quais afirmavam que os erros incidentes no complemento das normas penais em branco, quando feitos por norma extrapenais, seriam equiparados aos erros de tipo¹⁰⁴. Tal posição, no entanto, se mostra pouco razoável diante da teoria finalista, pois tratar-se-ia de uma sobrevida do conceito de *dolus malus*, uma vez que exigiria do agente não apenas o dolo de praticar a conduta, mas o dolo de praticar a conduta sabendo que essa é antijurídica. Imagine-se o exemplo em que um estrangeiro residente em um país onde a maconha é legalizada vem

¹⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 53.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 53.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 206.

¹⁰³ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 95 e 96.

¹⁰⁴ MARQUES, José Frederico *apud* EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Dialética, 2002, p. 91.

passar férias no Brasil e, em virtude de erro, acredita que a maconha também é legalizada no Brasil de forma que acaba sendo detido pelo porte da substância. Caso se concordasse com a visão de José Frederico Marques, se acataria que na hipótese teria havido erro de tipo, excluindo-se o dolo. No entanto não é o que se observa na situação real. O agente, no caso em tela, possuía o dolo de portar maconha, desconhecendo apenas a ilicitude de sua conduta, de forma que agia em erro de proibição, uma vez que a consciência da ilicitude não compõe o dolo para a teoria finalista.

2.1.6. TIPOS PENAIIS ABERTOS

O Direito Penal Econômico foi afetado pela conjuntura da sociedade do risco, de forma que tal conjuntura tem acarretado uma construção normativa no direito penal que muitas vezes apresenta tipos penais mais vagos na tentativa de regular as complexas relações que se dão na atual conjuntura e evitar que condutas eventualmente lesivas aos bens jurídicos escapem de punição através da alegação de atipicidade¹⁰⁵.

Segundo Rogério Greco, os tipos penais abertos são aqueles em que o legislador, por não ser capaz de descrever todas as condutas possíveis, criou normas em que o seu conteúdo não apresenta de forma precisa qual a conduta permitida ou proibida, cabendo ao intérprete da norma fazer tal valoração¹⁰⁶

Segundo Damásio E. de Jesus, nos tipos penais abertos a norma penal não está clara, necessitando ser pesquisada pelo julgador no caso concreto. DAMÁSIO coloca como exemplos de tipos penais abertos: os tipos culposos, por necessitar que se estabeleça qual o dever de cuidado objetivo no caso concreto; os crimes omissivos próprios, pois é necessário reconhecer o descumprimento no dever de agir; e os crimes que possuem elementos normativos em sua descrição (incluindo-se, aqui, os

¹⁰⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 71.

¹⁰⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 166.

elementos de valoração global do fato), pois necessitam que o julgador pesquise as normas de conduta que se encontram fora da definição legal¹⁰⁷.

Observa-se, portanto, o entendimento de Damásio E. de Jesus no sentido de aproximar as normas penais em branco dos tipos penais abertos, pois entende que nos tipos penais abertos cabe ao juiz não apenas a valoração da conduta, mas também a pesquisa para além da definição legal, de forma que as normas penais em branco seriam tipos penais abertos.

No entanto, para a finalidade de se analisar o erro incidente nos tipos penais abertos e normas penais em branco, mostra-se mais conveniente concordar com a posição adotada por Rogério Greco, no sentido de que os tipos penais abertos são aqueles que necessitam da valoração pelo intérprete da norma, de forma a diferenciá-los das normas penais em branco, que são complementadas por outras normas¹⁰⁸.

Apesar do entendimento de Mirabete no sentido de que o complemento dos tipos penais abertos é realizado pela doutrina e pela jurisprudência¹⁰⁹, deve-se entender que tais complementos não possuem o condão de pertencer ao tipo penal, servindo apenas como guias de qual seria o real sentido da norma.

A respeito dos tipos penais abertos, esses não podem ser formalmente complementados através de jurisprudências consolidadas ou mesmo súmulas, a exceção, talvez, da súmula vinculante, em razão do caráter vinculante dessa última. Sobre o caráter normativo das súmulas vinculantes, cita-se a posição do Ministro Gilmar Mendes, o qual afirma, concordando com Nelson de Souza Sampaio, que, “no desempenho de sua missão, o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença clássica até atos propriamente legislativos”¹¹⁰, de forma que, ao permitir que o STF edite súmulas de eficácia vinculante, se permite que esse, através de tais súmulas, possa realizar atividade semelhante à legislativa. Portanto, seria capaz até mesmo de concretizar tipos penais abertos justamente por criar súmulas vinculantes, as quais possuem eficácia *erga omnes*.

Segundo Gilmar Mendes, as súmulas não vinculantes do STF possuem perfil apenas indiretamente obrigatório, mas não são capazes de vincular diretamente os

¹⁰⁷ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261.

¹⁰⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 166.

¹⁰⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 27. ed. ver. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1008.

órgãos judiciais¹¹¹. Tanto as súmulas comuns como as jurisprudências consolidadas, apesar de serem fontes de direito, não constituem normas formais e não possuem a capacidade de realizar a complementação, para fins de lei, dos tipos penais, diferentemente das normas penais em branco, que são realmente complementadas por normas emanadas do Poder Executivo.

É evidente que, ao realizar a atividade jurisdicional os magistrados dão concretude ao significado dos elementos normativos e de valoração global do fato existentes no tipo. No entanto, o que se pretende afirmar é que tais decisões, assim como as súmulas não vinculantes, não são capazes de integrar o tipo penal exercendo eficácia *erga omnes*, como se possuíssem conteúdo de lei.

Segundo o entendimento do STF: “o conteúdo das formulações sumulares limita-se a contemplar e a consagrar, no âmbito dos Tribunais, a sua orientação jurisprudencial predominante, caracterizada pela reiteração de decisões em igual sentido”¹¹². Afirma ainda, em mesma decisão, que o enunciado de súmulas possui valor meramente paradigmático não sendo nada mais que a mera cristalização da jurisprudência¹¹³.

As súmulas não vinculantes, assim como as orientações jurisprudenciais não geram qualquer obrigação a outros órgãos do judiciário, de forma que tribunais, tanto de hierarquias diferentes como de mesma hierarquia não são obrigados a seguir enunciados de súmulas realizados por outros tribunais.

Caso se concorde com a tese em que se aceita o complemento de tipos penais abertos através de súmulas ou entendimento jurisprudencial consolidado, estaria sendo acatada a aberração de existirem leis federais diferentes a depender do tribunal competente. O STJ, por exemplo, poderia sumular um entendimento acerca da definição do que constituiria a gestão temerária de instituição financeira (art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986) e, caso fosse aceito o entendimento de que a súmula é capaz de complementar a norma em questão, não poderia o STF ou

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1009.

¹¹² Nesse sentido: STF: AI 137619 AgR / DF – DISTRITO FEDERAL. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento. Relator: Min. Celso de Mello

¹¹³ Nesse sentido: STF: AI 137619 AgR / DF – DISTRITO FEDERAL. J. 04/08/1992. Relator: Min. Celso de Mello. A respeito das súmulas como meras cristalizações da jurisprudência ver: STJ: REsp 230294/RJ, Rei. Min. Franciulli Neto, Segunda Turma, j. 05/10/2000, DJ 05/02/2001

qualquer outro tribunal decidir em maneira contrária, o que vai em sentido oposto a realidade do judiciário brasileiro. Uma maior aberração ocorreria no momento em que, por exemplo, um TRF editasse uma súmula para concretizar o sentido de um tipo penal aberto e outro TRF editasse uma súmula em sentido diferente para o mesmo tipo. Nessa ocasião, caso se compreenda que as súmulas possuem o poder de complementar tipos penais abertos, estaria se aceitando que haveriam duas leis penais distintas para diferentes regiões. O que é absurdo.

Portanto, independentemente de serem observados, em determinadas circunstâncias, efeitos de caráter normativo em súmulas, essas não podem ser consideradas como elementares do tipo para fins de tipificação da conduta, uma vez que não possuem efeito *erga omnes*, de forma que a real finalidade de tais enunciados é demonstrar a posição de determinado tribunal acerca do significado da norma penal e trazer fortes indícios do que vem a constituir a tipicidade da conduta, não retirando a capacidade dos tribunais e juízes valorarem os elementos do tipo de maneira diversa.

Mesmo as súmulas vinculantes, que possuem efeitos *erga omnes*, não possuem o condão de complementar os tipos penas, pois tais súmulas somente serão cabíveis em relação à matéria constitucional¹¹⁴, conforme consta no art. 103-A da CF. Ressaltando-se que, ainda que as súmulas vinculantes pudessem versar sobre tipos penais, haveria grande dúvida quanto a serem consideradas como complementos, devido tanto à natureza dessas como ao modo pelo qual são criadas.

Tal explicação é relevante porque afeta diretamente a interpretação do erro no caso de matérias sumuladas ou de jurisprudências consolidadas.

Uma vez que as súmulas e as jurisprudências não possuem o condão de complementar uma norma penal, caso determinado agente incida em erro em relação a um tipo penal por valorar erroneamente determinado elemento normativo, estará o agente atuando em erro de tipo ainda que haja súmula especificando que seu comportamento caracteriza o tipo.

Para melhor ilustrar a hipótese, digamos que o STJ emita uma súmula especificando que a conduta “X” constitui crime de gestão temerária de instituição financeira, na tentativa de balizar o significado do que seria gestão temerária. Caso

¹¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35.ed. São Paulo: Saraiva 2009, p. 267.

determinado agente realize a conduta “X” desconhecendo a súmula, se reconhecido o erro, deverá ser reconhecido o erro de tipo.

Evidentemente que na situação acima o mero desconhecimento da súmula não servirá para que seja acatada a tese do erro, tendo em vista que deverão ser observados outros fatores, como o dever de informação ou o dolo eventual para o caso do agente, possuindo o conhecimento de que tal conduta poderia ser considerada ilícita, opta por não se informar para que possa se beneficiar do argumento do erro. Outrossim, caso o agente tivesse conhecimento da súmula e optou por atuar independentemente dela, por simplesmente discordar da posição do Tribunal, terá havido dolo eventual, não se acatando, nessa hipótese, a tese de erro.

O problema em relação ao efeito da jurisprudência nos erros será melhor tratado em capítulo à parte.

Uma vez que os tipos penais abertos possuem dependência do juízo de valoração a ser realizado pelo magistrado, não raro poderão ocorrer erros por parte daqueles a quem a norma se impõe, pois esses poderão valorar a situação de maneira diversa do magistrado. Caso o juízo de valoração exercido pelo agente o faça acreditar que sua conduta é lícita e o magistrado, em um juízo de valoração diverso, entende que a conduta é ilícita, estará o agente incidindo em erro de tipo, pois, conforme expõe Bitencourt, “Erro de tipo é o que recai sobre circunstância que constitui elemento essencial do tipo”¹¹⁵, e mais adiante complementa, “É indiferente que o objeto do erro se localize no mundo dos fatos, dos conceitos ou das normas jurídicas. Importa, isso sim, que faça parte da estrutura do tipo penal”¹¹⁶.

Apesar do entendimento majoritário da doutrina no sentido de que os tipos penais abertos são constitucionais, determinados casos geram severas dúvidas a respeito da constitucionalidade quando determinados tipos sequer apresentam critérios mínimos para caracterizar o fato ilícito. Tal exposição pode ser exemplificada ao se analisar o crime de “gestão temerária de instituição financeira”, descrito no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86. O tipo penal em questão, além de não dispor a respeito de qualquer resultado, não apresenta balizas mínimas que permitam a caracterização do injusto. Nessas ocasiões, segundo Luciano Anderson de Souza, o tipo fere o princípio da taxatividade, ferindo o princípio da reserva legal, afirmando a

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 150.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 150.

inconstitucionalidade de tais tipos¹¹⁷. Ressalta-se apenas que o entendimento pela inconstitucionalidade do crime de gestão temerária de instituição financeira é minoritário. Segundo José Paulo Baltazar Junior, o elemento normativo em questão é realmente de difícil interpretação, no entanto afirma que o tipo penal da gestão temerária é constitucional e está configurada quando a gestão é excessivamente arriscada. Reconhece o autor que o mercado financeiro apresenta naturalmente um certo grau de risco, mas que submeter-se a determinados riscos difere da aventura com recursos de investidores. Afirma que o delito comumente será configurado pela violação de atos normativos oriundos do BACEN e do CMN, os quais estabelecem, por exemplo, a diversificação dos riscos¹¹⁸.

2.2. ANTIJURIDICIDADE

Como foi apresentado anteriormente, o entendimento da tipicidade como *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, conforme postulou Mayer, é o entendimento mais aceito pela doutrina. Segundo essa doutrina, quando um fato for típico ele provavelmente será antijurídico, sendo que a tipicidade traz indícios de antijuridicidade. No caso da conduta ser típica, à antijuridicidade caberá a análise de uma causa de justificação da conduta, de forma que a conduta poderá ser típica, e, estando amparada por uma causa de justificação, será também lícita¹¹⁹.

A exclusão da ilicitude pode se dar por meio de causas legais, as quais estão descritas, principalmente, no art. 23 do CP. São elas: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. Há, ainda, segundo parte da doutrina, a existência de causas supralegais, as quais não se enquadrariam entre as expostas, como é o caso do consentimento do ofendido, que pode existir com relação aos bens disponíveis¹²⁰.

¹¹⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 71 e 72.

¹¹⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. v.1. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 353.

¹¹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 309 e 310.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 367.

Ao problema levantado no presente trabalho interessam principalmente o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, ressalvando-se que tanto a legítima defesa quanto o estado de necessidade podem ser aceitos em matéria de Direito Penal Econômico.

O exercício regular de direito se refere ao agente que pratica conduta de acordo com o direito. Não se pode considerar uma conduta permitida em lei, que esteja de acordo com o direito, praticada pelo agente como permitida e ao mesmo tempo ilícita¹²¹. Nesses casos a doutrina tem se posicionado no sentido de que a conduta, mesmo típica, tem sua antijuridicidade excluída, ressalvando-se as posições contrárias, que entendem que haveria a atipicidade da conduta, conforme entendem os adeptos da teoria da tipicidade conglobante e dos elementos negativos do tipo.

O estrito cumprimento do dever legal pressupõe, primeiramente, a existência de um dever legal que se impõe em relação ao agente, seja ele particular ou agente público¹²². É o caso, por exemplo, do oficial de justiça que viola um domicílio para cumprir ordem de despejo. Ressalta-se, ainda, que o cumprimento do dever deve se dar nos limites impostos pela lei, de forma que os excessos não estarão amparados pela causa de justificação¹²³. Os efeitos do estrito cumprimento do dever legal são semelhantes aos do exercício regular de direito, de forma que, para o posicionamento dominante na doutrina, a tipicidade se mantém e exclui-se a antijuridicidade.

2.3. CULPABILIDADE

A culpabilidade, elemento do conceito analítico de crime, refere-se ao juízo de reprovação que recai sobre a conduta praticada pelo agente. É a reprovabilidade que incide sobre as condutas típicas e antijurídicas¹²⁴.

A culpabilidade, segundo Rogério Greco, é submetida a uma dupla análise. Em um primeiro momento o julgador analisa a culpabilidade visando perceber a

¹²¹ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 368.

¹²² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 361.

¹²³ *Ibidem*, p. 361.

¹²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 27. ed. ver. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011, p. 182.

configuração da infração penal. Em um segundo momento a análise da culpabilidade servirá a fixação da pena-base, analisando-se o grau de censurabilidade do ato¹²⁵.

A culpabilidade também é vista, em outro sentido, como princípio, o qual traduz a limitação da responsabilidade penal objetiva, exigindo a existência de dolo ou imprudência para que o delito possa ser atribuído ao agente¹²⁶.

Os elementos que compõe a culpabilidade são a imputabilidade, a consciência da antijuridicidade (tratada por determinados autores como potencial consciência da ilicitude) e a exigibilidade de conduta diversa¹²⁷.

Ao presente trabalho interessa a consciência da antijuridicidade, pois é sobre esse elemento que incide o erro de proibição. Com o advento das teorias da culpabilidade, vinculadas a teoria finalista da ação, passou-se a separar a consciência da conduta que o agente pretende praticar da consciência da antijuridicidade, de forma que o dolo se refere à consciência daquilo que se deseja praticar, sendo formado pelos elementos cognitivo e volitivo. Dessa maneira diferenciam-se as teorias da culpabilidade das teorias do dolo, pois essas últimas colocavam a consciência da antijuridicidade e a consciência do fato em conjunto para verificar a existência ou não de dolo, de forma a caracterizar, através de tais teorias, o conceito de *dolus malus*.

Atualmente, portanto, tem-se aceito as teorias da culpabilidade, que apresentam a consciência da antijuridicidade como elemento da culpabilidade, sem o condão de produzir efeitos em relação ao dolo¹²⁸.

Segundo Andreas Eisele, não é reprovável a conduta praticada pelo agente quando não era potencialmente possível ao sujeito saber que sua conduta era proibida, de forma que não deve ser imposta sanção ao agente nesse caso¹²⁹.

Com relação às teorias da culpabilidade relembra-se a adoção no ordenamento brasileiro da teoria limitada da culpabilidade, a qual inaugura o erro de tipo permissivo, separando o erro que recai sobre as excludentes de antijuridicidade em erro de tipo e erro de proibição, a depender da razão do erro.

¹²⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 553 e 554.

¹²⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 524.

¹²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 281 e 282

¹²⁸ *Ibidem*, p. 307.

¹²⁹ EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Dialética, 2002, p 90.

2.4. ERRO DE TIPO

O erro de tipo no Direito Penal Brasileiro está previsto no art. 20 do Código Penal. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, erro de tipo é aquele que incide sobre circunstância que compõe elemento essencial do tipo, podendo ocorrer pela ignorância ou falsa percepção dos elementos que constituem o tipo. Ressalvando que é indiferente que o erro se encontre no mundo dos fatos, dos conceitos ou mesmo das normas jurídicas¹³⁰, lembrando-se, nesse sentido, que o erro de tipo não é mera diferença de nomenclatura em relação ao erro de fato, de forma que este inclui determinados erros que antes eram tidos como erros de direito. Observa-se, portanto, que o erro na valoração de um elemento normativo de um tipo penal aberto é um erro de tipo.

Outrossim, observa-se que quando o erro recai sobre aspectos relativos a norma penal em branco, considera-se o complemento da norma como integrante do tipo, conforme já afirmado anteriormente, de forma que o erro incidente será erro de tipo. Por outro lado, caso o erro incida em relação a própria existência de tal norma complementar, caracteriza-se o erro de proibição¹³¹.

O erro de tipo, ainda, subdivide-se em erro de tipo essencial e erro de tipo accidental. O erro de tipo essencial incide sobre elementares ou circunstâncias do tipo penal. É o erro que impede o agente de ter consciência de que está praticando crime ou de ter conhecimento da existência de alguma circunstância. O erro de tipo accidental é aquele que incide sobre dados tidos como irrelevantes para o tipo penal, conforme afirma Fernando Capez, de forma que o agente tem plena consciência de estar praticando uma conduta criminosa¹³².

O erro de tipo essencial, como foi dito, incide nas elementares e circunstâncias do tipo penal de forma que o agente não consegue perceber o caráter criminoso da conduta ou ter conhecimento de circunstância do tipo penal. Tal erro pode, ainda, ser escusável ou inescusável.

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150.

¹³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 27. ed. ver. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011. p. 156

¹³² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255.

O erro de tipo essencial sempre exclui o dolo. O erro de tipo essencial escusável ocorre quando o agente atua com erro mesmo atentando para os deveres de cuidado objetivos, de forma que, atuando com as cautelas que lhe eram exigidas nas condições em que se encontrava, ainda assim teria incorrido em erro. Nesse caso o erro exclui o dolo e a culpa¹³³.

O erro de tipo essencial inescusável, por sua vez, exclui apenas o dolo, de forma que, caso o agente tivesse tomado as cautelas que lhe eram exigidas na situação, poderia ter evitado o erro. Nesse caso ocorrerá o chamado por Mirabete de erro culposo, de forma que tal erro elimina a tipicidade dolosa, mas permite a punição por crime culposo caso prevista em lei¹³⁴. O erro quanto a condição integrante do tipo, pode, por vezes, operar a desclassificação para um delito diverso, como é o caso de um agente injuriar funcionário público desconhecendo que se trata de um funcionário público. Nesse caso o delito de desacato será substituído pelo de injúria¹³⁵.

Importa, também, falar a respeito das discriminantes putativas, que, conforme já tratado anteriormente, pela legislação brasileira podem acarretar tanto em erros de proibição como erros de tipo. As discriminantes putativas ocorrem quando o agente supõe erroneamente estar diante de uma causa excludente de ilicitude¹³⁶. A discriminante putativa será tratada como erro de tipo quando o agente supor erroneamente uma situação de fato que, caso realmente existisse, excluiria a ilicitude de sua conduta. Nesses casos em que a discriminante putativa se equipara ao erro de tipo, estar-se-á, segundo Fernando Capez, diante de erro de tipo essencial incidente sobre elementares de um tipo permissivo (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal). É o também chamado erro de tipo permissivo, ressalvando-se que determinados autores tratam tal erro como um erro *sui generis*, em razão da redação do artigo determinar que tais erros não excluiriam o crime e sim a pena¹³⁷.

Podem também haver discriminantes putativas por erro de proibição. Ocorrem quando o agente tem a plena representação fática da situação, mas avalia

¹³³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 27. ed. ver. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011, p. 156.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 156.

¹³⁵ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.354.

¹³⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 249.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 250 e 251.

erroneamente uma norma ou supõe de maneira equivocada estar acobertado por uma norma que excluiria a antijuridicidade de sua conduta. Nesses casos tem-se o erro de proibição indireto¹³⁸.

O erro de tipo accidental, por sua vez, possui tratamento diverso ao ofertado ao erro de tipo essencial. Trata-se de um erro em que o agente possui o conhecimento de estar praticando um ato ilícito. É considerado erro de tipo accidental, segundo Luiz Flávio Gomes, o erro incidente sobre o objeto material da infração (*error in persona* e *error in objeto*), sobre o modo de execução (*aberratio ictus* e *aberratio criminis*), ou ainda sobre o nexa causal (*aberratio causae* ou dolo geral)¹³⁹. O efeito do erro de tipo accidental é que esse não é capaz de excluir o crime, de forma que, em geral, não gera qualquer efeito, punindo o agente pelo crime que desejou praticar.

Tais erros são pouco importantes para o tema tratado e serão abordados apenas rapidamente para fins de completude e para demonstrarem a diferença em relação aos erros de tipo essenciais.

No caso de erro accidental incidente sobre o objeto material da infração, em que o agente comete o mesmo crime apenas errando quanto ao objeto, responde o agente pelo crime sem qualquer efeito no dolo, sendo o erro irrelevante. Observa-se que, caso o erro incida em elementar ou circunstância, poderá estar incorrendo em erro essencial, como no caso de acreditar estar furtando coisa de pequeno valor (furto privilegiado) e acabar por furtar objeto de relevante valor (furto simples)¹⁴⁰.

No erro sobre a pessoa o efeito é semelhante ao erro sobre o objeto. No caso de erro sobre a pessoa o agente responde como se tivesse atingido aquele a quem pretendia atingir¹⁴¹.

No erro sobre o modo de execução, caso o agente erre ao executar o crime e atinja pessoa diversa por engano, responde como se tivesse atingido a pessoa pretendida. Caso o agente atinja a vítima visada e outras pessoas, alcançando seu resultado visado e outros resultados diversos, aplica-se a regra do concurso formal, excetuando-se os casos em que ocorre dolo eventual em relação as outras vítimas, porque nesse caso não haveria o que se falar em erro¹⁴²

¹³⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 249 e 250.

¹³⁹ GOMES, LUIZ FLÁVIO *apud* CAPEZ, Fernando. *Ibidem*, p. 255.

¹⁴⁰ CAPEZ, Fernando, *ibidem*, p. 255.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 256.

¹⁴² *Ibidem*, p. 257.

Quando o erro sobre o modo de execução resulta em afetar bem jurídico diverso do pretendido o agente, caso atinja apenas o bem jurídico diverso do pretendido, deve responder pelo delito efetivamente praticado na modalidade culposa, desde que o crime culposos exista e seja mais grave que o crime tentado, caso isso não ocorra, deve o agente responder pela tentativa. Se, por outro lado, o agente atingir tanto o bem visado como bem diverso, se aplica a regra do concurso formal de crimes¹⁴³.

Ainda, o erro accidental pode incidir sobre o nexos causal quando o agente, acreditando já ter consumado o crime, realiza uma nova conduta acreditando tratar-se de mero exaurimento, mas atinge a consumação através desse ato, o agente responde, segundo Rogério Greco, pelo seu dolo inicial, como se tivesse atingido o resultado da forma pretendida¹⁴⁴.

Por fim, há suporte doutrinário no sentido de que os erros em que o agente possui a plena representação fática da situação e age acreditando que sua ação não se enquadra no tipo legal não seriam justificáveis, não aproveitando o agente dos benefícios referentes aos erros¹⁴⁵. Tal erro é chamado erro de subsunção e incide, geralmente, sobre os elementos normativos do tipo. Sobre essa modalidade de erro, o entendimento de Welzel é no sentido de que quando tal erro afeta apenas a punibilidade, conhecendo o autor a antijuridicidade, o erro é irrelevante. Por outro lado, entende o autor que nos casos em que o erro não atinge apenas a punibilidade, de forma a incidir também em relação a antijuridicidade, trata-se de erro de proibição¹⁴⁶. Juarez Cirino dos Santos reconhece a impossibilidade do agente conhecer a totalidade dos conceitos jurídicos utilizados pelo legislador, mas considera que a partir do aprendizado do agente por meio de seu convívio em sociedade e da cultura, é capaz de identificar os significados subjacentes da norma, chamando tal capacidade de compreensão de “valoração paralela na esfera do leigo”¹⁴⁷, o que ocorre, por exemplo, com o significado da palavra documento.

¹⁴³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 260

¹⁴⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 609

¹⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169.

¹⁴⁶ WELZEL, Hans *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 170.

¹⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 154.

No entanto, ressalva-se, conforme foi abordado anteriormente, que o erro quanto a valoração de elementos normativos poderá também ser considerado erro de tipo. Tal possibilidade se acentua quando se trata de Direito Penal Econômico, visto o largo uso de elementos normativos de complexa valoração e até mesmo da diferenciação entre erro de tipo e erro de fato, pela qual se compreende que o erro que incide sobre circunstância que compõe elemento essencial do tipo é erro de tipo. Nesse sentido, Juarez Cirino afirma que valorações jurídicas errôneas serão, em regra, erros de subsunção, mas poderão incidir, em casos de erros relevantes, em erros de tipo¹⁴⁸

Portanto, em casos em que o erro quanto a valoração de determinado elemento normativo não possuir relevância, deve-se reconhecer o erro de subsunção, de forma a entender-se tal erro como irrelevante. Caso tal erro seja derivado da incorreta interpretação da norma, terá natureza de erro de proibição, devendo ser considerado como tal. Por fim, caso seja um erro relevante incidente na valoração do elemento normativo do tipo, deve ser considerado como erro de tipo.

2.5. ERRO DE PROIBIÇÃO

O erro de proibição está previsto no art. 21 do CP, o qual prevê em seu *caput* que: “o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.”.

Primeiramente é necessário delimitar o objeto do erro.

A respeito do desconhecimento da lei ser inescusável, primeiramente, tecem-se algumas anotações em consonância com o pensamento de Cezar Roberto Bitencourt. Segundo o autor, o desconhecimento da ilicitude de uma ação e o desconhecimento de uma norma legal possuem caráter totalmente diverso. Afirma Bitencourt que o desconhecimento (a ignorância) da lei se refere a aplicação da norma, de forma que, através de uma ficção jurídica, é presumida como conhecida. O erro de proibição, por outro lado, se refere à culpabilidade, de forma a possuir um

¹⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 155.

aspecto diferente do anterior. Dessa maneira coloca-se, em um ponto, a norma, em abstrato, como válida e eficaz para todos, e em outro ponto a atitude concreta do indivíduo sobre a qual recairá a consciência da ilicitude¹⁴⁹. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt cita a posição de Alcides Munhoz Netto, o qual, ao tratar a respeito da ignorância da lei e da ignorância da antijuridicidade, expõe: “A diferença reside em que a ignorância da lei é o desconhecimento dos dispositivos legislados, ao passo que a ignorância da antijuridicidade é o desconhecimento de que a ação é contrária ao direito”¹⁵⁰. Conclui Alcides Munhoz Netto afirmando que o conhecimento da lei é distinto do conhecimento do injusto¹⁵¹.

Segundo Damásio de Jesus, a falta de conhecimento da ilicitude do fato, ou então a falta de conhecimento da regra de proibição, são situações em que há erro de proibição. A mera ignorância formal da lei não tem, segundo o autor, o condão de excluir a culpabilidade, de forma a existir na modalidade de atenuante genérica, prevista no art. 65, II, do CP¹⁵². Ainda, afirma o autor que o erro de proibição pode ocorrer através de erro ou ignorância de direito, quando o agente tem conhecimento da conduta que realiza mas desconhece a norma jurídica ou então não a conhece bem e interpreta mal¹⁵³.

Segundo Paulo César Busato, o conhecimento que o agente possui da lei é irrelevante, pois, para a análise do erro de proibição, se atribui ao agente o conhecimento ou não da relação da lei com sua conduta. Afirma o autor que o desconhecimento da lei não oferece qualquer escusa, mas que a demonstração deste pode auxiliar na aferição do conhecimento da antijuridicidade¹⁵⁴.

Ivan Martins Motta dispõe a respeito da diferença entre a mera ignorância da lei e o erro de proibição ao afirmar que é possível que o agente possua conhecimento das leis e não possua conhecimento da ilicitude do fato, assim como é possível que o agente reconheça que sua atitude é ilícita sem conhecer a norma penal¹⁵⁵. Dessa

¹⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138 e 139.

¹⁵⁰ MUNHOZ NETTO, Alcides *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139.

¹⁵¹ MUNHOZ NETTO, Alcides *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto, *ibidem*, p. 139.

¹⁵² JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 532.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 533.

¹⁵⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 644.

¹⁵⁵ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64 e 65.

forma, observa-se que na segunda ocasião o agente não pode se beneficiar do erro de proibição pelo mero desconhecimento da norma, uma vez que conhecia a ilicitude de seu ato. Pode também ocorrer de, em razão de desconhecimento da lei, o agente não possuir conhecimento da ilicitude de seu ato, caso em que se observa, também, erro de proibição, conforme afirma Cezar Roberto Bitencourt¹⁵⁶.

Dessa maneira parece surgir um problema, e até mesmo um receio, de que determinadas condutas escapem através de uma possível “vala” do erro de proibição por serem fruto de uma conduta que o agente levemente desconhecia a ilicitude.

Para solucionar esse problema a doutrina traz algumas soluções. Primeiramente, Assis Toledo entende que não pode o agente aproveitar-se dos benefícios do erro quando o mero esforço intelectual do agente permitiria que esse, através de seus conhecimentos adquiridos pela vida em comunidade, percebesse que sua conduta era ilícita. Também compreende o autor que não poderia o agente beneficiar-se da propositada falta de instrução como forma de evitar possuir o conhecimento de que pratica ato ilícito. Por último, afirma o autor que também não aproveita ao agente o erro decorrente de uma falta de informação conveniente para o exercício de atividades regulamentadas¹⁵⁷. Esse último trata-se do conhecido pela doutrina como dever de informação.

O dever de informação surge a partir da proposta de Welzel de reformular o conceito de consciência da ilicitude, de forma que a culpabilidade não seria percebida apenas através da consciência da ilicitude, mas poderia ser percebida através de uma potencial consciência da ilicitude. Dessa forma passou-se a perceber a existência de um dever de informação, o qual serviria para compreender se havia a possibilidade ou a existência da obrigação do agente possuir a consciência do injusto no caso concreto, e, no caso de haver, analisar se houve negligência do agente ou a falta do cumprimento de um dever concreto de adquirir tal conhecimento¹⁵⁸. Tal dever, em razão de sua importância para a análise do erro no Direito Penal Econômico, será melhor analisado em tópico próprio.

O erro de proibição, ainda, divide-se, no entendimento de Bitencourt, em erro de proibição direto, erro de mandamento e erro de proibição indireto. O erro de

¹⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.

¹⁵⁷ ASSIS TOLEDO, Francisco de *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto, *ibidem*, p. 142.

¹⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op cit.*, p. 142.

proibição direto ocorre, segundo o autor, quando o agente possui o conhecimento da conduta que pratica, mas não possui o conhecimento da norma jurídica ou então não conhece bem tal norma, de forma que a interpreta mal¹⁵⁹. Observa-se que tal erro não possui efeitos em relação ao dolo, que permanece intacto, uma vez que a consciência da ilicitude não é componente do dolo, necessitando apenas que o agente possua a consciência da conduta que pretende praticar e a vontade de praticá-la. Ressalvando-se, ainda, a possibilidade de ocorrer o erro de proibição em crimes culposos, uma vez que pode o agente, por exemplo, equivocar-se em relação ao dever objetivo de cuidado que lhe é imposto em determinada situação. A regulamentação do erro de proibição, portanto, segundo Cezar Roberto Bitencourt, possui caráter geral¹⁶⁰

O erro de mandamento ou erro de mandato, que em determinados casos se aproxima dos erros de tipo, de forma que a doutrina diverge a respeito de tais erros a depender das circunstâncias, ocorre nos crimes omissivos, sejam eles próprios ou impróprios. No erro de mandato, o agente possui a plena representação fática da situação, no entanto, acredita que não há norma que o obrigue a atuar diante daquela circunstância ou então que as normas existentes não se enquadram na situação que se apresenta a ele¹⁶¹. Para o reconhecimento do erro de mandato é necessário que a omissão do agente não esteja vinculada obrigatoriamente a um conhecimento prévio de um eventual dever de agir, do contrário haverá, segundo Juarez Tavares, erro de tipo¹⁶², pois ocorrência de tal erro torna a conduta do agente incompatível com o entendimento de dolo nos delitos omissivos.

O erro de proibição indireto, também denominado erro de permissão, ocorre quando o agente supõe erroneamente a existir uma proposição permissiva para a situação em que se encontra. Ocorre quando o agente se engana quanto a existência, limites, natureza ou requisitos de uma norma permissiva, de forma que o erro não incide em relação aos pressupostos fáticos, mas em relação a norma permissiva¹⁶³. Caso o erro seja em relação aos pressupostos fáticos haverá o erro de tipo permissivo, tratado anteriormente.

¹⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 165.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 165.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 166.

¹⁶² TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996, p. 99.

¹⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 167 e 168.

O erro de proibição também pode se dar em relação à validade de determinada norma. Caso o autor considere certa norma como inválida, poderá ocorrer, em determinados casos, o reconhecimento do erro de proibição, nomeando-se, comumente, tal erro como erro de validez. Segundo Alaor Leite, é dominante na doutrina o entendimento em que se admite a ocorrência de erros de proibição nos casos em que o agente possui o conhecimento da norma que proíbe a sua conduta, mas entende tal norma como inválida¹⁶⁴. O entendimento de Welzel, segundo Bitencourt, corrobora com tal afirmação, pois tal autor entende que o erro de validez é uma variante do erro de proibição e deve receber o mesmo tratamento¹⁶⁵. Para que tal erro seja apreciado, no entanto, é necessário que o agente atue amparado por argumentos jurídicos, observando-se que as normas positivadas, caso o autor pretenda atacá-las, já carregam consigo uma certa presunção de juridicidade¹⁶⁶.

A respeito dos erros de validez, Assis Toledo afirma que a discordância do agente quanto a eficácia da norma por considerá-la contrária a uma norma hierarquicamente superior constitui erro irrelevante e não aproveita ao agente¹⁶⁷. No entanto, tal posição, ao ser encarada de maneira radical, demonstra-se incoerente, conforme demonstrado anteriormente, tendo em vista que com o aumento da complexidade do Direito Penal tais hipóteses são possíveis e em certos casos bastante relevantes.

Destarte, o autor não pode desconsiderar que infringe uma norma jurídica apenas por considerá-la inválida, de forma que, ao menos, no caso de ser considerada a atitude como ilícita, estaria o agente atuando com consciência potencial da ilicitude¹⁶⁸. Ressalva-se ainda que a depender dos argumentos apresentados pelo autor, poderá até mesmo ser percebida a irrelevância do erro, de forma a não gerar efeitos, seguindo-se o entendimento de Assis Toledo.

Por fim, ressalva-se acerca dos erros de validez que em determinadas hipóteses poderá o agente responder pelo delito de exercício arbitrário das próprias razões a depender da conduta praticada¹⁶⁹.

¹⁶⁴ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 100.

¹⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169.

¹⁶⁶ LEITE, Alaor, *op. cit.*, p. 101 e 102.

¹⁶⁷ ASSIS TOLEDO, Francisco de *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 169.

¹⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 169.

¹⁶⁹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

CAPÍTULO III – A QUESTÃO DO ERRO NOS CRIMES ECONÔMICOS

3.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Antes de se analisar a incidência do erro nos crimes econômicos é importante trazer à baila uma análise acerca do princípio da legalidade, uma vez que tal princípio é bastante estudado no ramo do Direito Penal Econômico e é capaz de introduzir soluções acerca de controvérsias inseridas nesse campo do Direito Penal.

O princípio da legalidade é bastante íntimo ao conceito de Estado de Direito, pois em um Estado de Direito, o qual visa impedir a existência de um poder absoluto por parte de um soberano, é necessário que existam leis que subordinem a todos¹⁷⁰. O princípio da legalidade penal pode ser extraído tanto do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, como no art. 1º do Código Penal, dos quais se desprende que tudo aquilo que não for proibido por lei, será permitido¹⁷¹.

O princípio da legalidade penal pode ser descrito nas fórmulas de *lex praevia* (lei prévia), *lex scripta* (lei escrita), *lex stricta* (lei estrita) e *lex certa* (lei certa)¹⁷². De forma que, segundo o princípio da legalidade penal, não haverá crime ou pena quando faltar qualquer desses elementos descritos.

Ao presente trabalho interessa, em especial, a necessidade da lei ser estrita e certa, uma vez que diversos autores criticam as normas de Direito Penal Econômico por afirmarem que essas, por vezes, são incertas e remetem a outros ramos do Direito ou então a normas emanadas pelo Poder Executivo.

O princípio da legalidade, ao estipular a ideia de “*nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta*”, introduz o princípio da reserva legal e a impossibilidade de analogia *in malam partem*. O princípio da reserva legal refere-se a necessidade da lei penal ser criada respeitando a competência imposta pela Constituição Federal. Dessa forma, é necessária lei formal para que se possa criminalizar condutas, devendo haver o devido

¹⁷⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 93.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 94.

¹⁷² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 20.

processo legislativo pelo Congresso Nacional¹⁷³. Em razão de tal princípio, determinados autores se mostram contrários à constitucionalidade de normas penais em branco heterogêneas, por entenderem que o complemento de tais normas não é realizado por meio do devido processo legislativo. No entanto, a doutrina majoritariamente aceita a possibilidade do legislador delegar a responsabilidade de complemento à norma penal, ressalvando-se que o responsável por tal complemento deve atuar dentro dos limites de sua atuação¹⁷⁴.

Ainda, a necessidade da lei ser estrita também remete à impossibilidade de analogia *in malam partem*, ou seja, em prejuízo do réu. Importa observar que o recurso da analogia não pode ser utilizado para tipificar atos que não se encontram dentro do campo de incidência da norma, de forma que eventuais lacunas na lei penal devem ser consideradas como vontade negativa da lei, não sendo permitido o uso da analogia para criminalizar condutas¹⁷⁵.

O predicado “*nullum crimen, nulla poena, sine lege certa*” refere-se ao princípio da taxatividade, o qual afirma que as leis penais devem ser claras, protegendo-se o cidadão contra arbitrariedades do Estado ao excluir leis penais indefinidas ou obscuras¹⁷⁶. Segundo Juarez Cirino dos Santos, as leis penais devem possuir um mínimo de determinação de suas proibições ou comandos, de forma que a inobservância de tal dever configuraria a inconstitucionalidade da norma¹⁷⁷.

Segundo Alaor Leite, as proibições que carecem de clareza são incompatíveis com Estados liberais, que reconhecem a liberdade como regra¹⁷⁸. A respeito da clareza das normas, Binding afirma que muitas vezes os limites entre o proibido e o permitido são duvidosos e difíceis de serem percebidos, sendo que nesses casos a culpa de tal problema reside, em regra, na falta de habilidade ou em descrição ambígua do legislador¹⁷⁹. Binding era um grande opositor ao brocardo *error iuris nocet*, afirmando que os cidadãos possuem o direito de praticar ações de proibição duvidosa, formuladas pelo Estado de forma que a proibição na realidade é incerta, contanto que

¹⁷³ ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 24.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 25 e 26.

¹⁷⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 44 - COM APUD

¹⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 23.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 23 e 24.

¹⁷⁸ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 128

¹⁷⁹ BINDING, Karl Ludwig Lorenz *apud* LEITE, Alaor, *ibidem*, p. 128

os cidadãos atuem nos limites de tais dúvidas¹⁸⁰. Dessa forma, no caso de proibições duvidosas, não se pode exigir que o cidadão se abstenha de atuar, desde que no limite de tais dúvidas, pois tal exigência acabaria por proibir aquilo que é permitido, sendo compatível com Estados Absolutistas, mas totalmente incompatível com Estados Democráticos de Direito, que visam preservar as liberdades do cidadão em contraposição a eventuais abusos por parte do Estado.

3.2. DEVER DE INFORMAÇÃO

A partir do entendimento de que seria necessária a consciência da ilicitude para que a conduta do agente fosse culpável, passou-se a temer uma eventual impunidade de agentes, uma vez que o Direito Penal acentua seu grau de complexidade à medida que a sociedade se torna, cada vez mais, uma sociedade de risco.

Como forma de solucionar tal preocupação, Welzel, como já afirmado anteriormente, criou a ideia do dever de informação, de forma a entender que a consciência da ilicitude seria, na verdade, uma potencial consciência da ilicitude.

O entendimento de Welzel demonstra que para que o agente possa ser inocentado é necessário verificar se havia a possibilidade desse adquirir a consciência do injusto e verificar se foi negligente em não adquiri-la ou se faltou a um dever concreto de verificar a ilicitude da conduta¹⁸¹.

Também nesse sentido tem-se o entendimento prolatado por Assis Toledo, já abordado anteriormente no sentido de que o agente não pode aproveitar a falta da consciência da ilicitude quando não procura informar-se para o exercício de atividades regulamentadas ou quando o agente recusa a informar-se para não ter conhecimento da ilicitude do ato¹⁸².

Ao realizar uma atividade regulamentada o agente passa a ter um especial dever de informar-se, de forma que ao descumprir tal dever, não pode alegar o

¹⁸⁰ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 53.

¹⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 142.

¹⁸² *Ibidem*, p. 142.

descumprimento em sua defesa¹⁸³. Portanto, se impõe àqueles que desejam exercer determinadas atividades regulamentadas uma obrigação de conhecer as normas que norteiam suas atividades, de forma que, ao faltar em seu dever de informação, tal falta não pode beneficiar o agente.

É evidente que o dever de informação não se impõe de maneira isonômica perante todos. Assim como Welzel afirma que basta a potencial consciência da ilicitude para que o agente possa ser punido, de modo a impor um dever de informação a todos os cidadãos, é evidente que esse dever possui pesos diferentes a depender do agente a quem é imposto. É evidente que não se pode impor um mesmo dever de informação a um cidadão comum e a uma grande empresa, da mesma forma, não se pode impor um mesmo dever de informação a um microempresário e a uma empresa de grande porte. Ao se analisar o dever de informação deve o magistrado valorar tal dever. Se uma grande empresa, cercada de advogados e instruída por bons escritórios, por vezes incide em erros devido à alta complexidade normativa de nosso ordenamento, o que há de se falar a respeito de um microempresário que não possui os mesmos recursos que a grande empresa.

O dever de informação, ademais, não surge apenas a partir da mera obrigação que vincula determinados sujeitos a conhecer o ordenamento jurídico-penal. Tal dever, conforme afirma Alaor Leite, também se instaura a partir da existência de uma dúvida quanto à ilicitude da conduta. Junto à existência da dúvida, surge uma obrigação de solucioná-la¹⁸⁴.

O dever de informação pode, ainda, ser realizado de diferentes maneiras. Pode se dar, por exemplo, através da pesquisa jurisprudencial, doutrinária e através da busca por opinião qualificada, como a de advogados ou contadores, desde que a informação seja emitida por fonte qualificada e confiável¹⁸⁵, de forma que a inexistência de indícios para se desconfiar da lisura ou da competência da fonte, segundo Alaor Leite, servem a presumir que tal fonte seja confiável¹⁸⁶.

Segundo o entendimento de Alaor Leite, caso o agente acredite ter cumprido seu dever de informação de forma a entender sua conduta como lícita passando a

¹⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 170.

¹⁸⁴ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 144 e 145.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 154.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 171.

confiar na informação encontrada, mas um eventual exaurimento de tal dever pudesse conduzi-lo à consciência segura do injusto, pode o agente ser penalizado a título de erro de proibição evitável¹⁸⁷, reconhecendo-se a possibilidade de se graduar o cumprimento a um eventual dever de informação, ressaltando-se, nesse aspecto, também haver a mesma possibilidade para o erro de tipo caso a dúvida resida na valoração de um elemento normativo.

3.3. DÚVIDA E ERRO

Primeiramente é importante ressaltar que a dúvida faz nascer um dever de informação¹⁸⁸, apesar de que em determinados casos pode não ser possível o efetivo cumprimento a tal dever, conforme será abordado mais à frente neste tópico.

É frequente o pensamento na doutrina no sentido de que a dúvida do agente se determinada conduta é proibida deve ser considerada como uma consciência eventual do injusto, ou então um conhecimento condicionado do injusto (nos dizeres de Juarez Cirino dos Santos¹⁸⁹), de forma que a dúvida excluiria o erro. Segundo Juarez Cirino dos Santos, o agente que se encontra em dúvida com relação a saber se determinada conduta é criminosa, deve abster-se de realizá-la, afirmando que a dúvida nesses casos exclui o erro. Por outro lado o próprio autor reconhece que em relação a área do Direito Penal especial se tem reconhecido a possibilidade de condicionar a exclusão do erro de proibição à possibilidade do agente solucionar a dúvida através de métodos como a consulta a advogado ou através de leitura a comentários da lei¹⁹⁰, ou seja, do cumprimento a um dever de informação.

Ainda acerca do entendimento de Juarez Cirino, destaca-se que o autor entende que em situações nas quais o agente se encontra em dúvida em relação a duas condutas que poderiam ser igualmente puníveis, o princípio da culpabilidade impediria a punição do agente, pois nesse caso haveria erro de proibição inevitável. Apresenta ainda determinados critérios, apenas complementares, para avaliar casos

¹⁸⁷ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 174

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 144 e 145

¹⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 200.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 200.

de conhecimento condicionado do injusto, como por exemplo a probabilidade de maior juridicidade da alternativa escolhida, danos decorrentes do adiamento da decisão ou a consideração dos interesses em jogo na situação¹⁹¹.

Em uma análise diversa acerca da dúvida tem-se, primeiramente, a posição de Roxin, o qual afirma que no caso de dúvidas sobre a ilicitude que a princípio não fossem passíveis de um esclarecimento seguro, deveria ser reconhecido o erro de proibição, observando que as questões duvidosas, das quais não se pode ter um esclarecimento seguro da ilicitude, não podem restringir a liberdade dos cidadãos¹⁹², assim como tratado anteriormente no presente trabalho ao se apresentar o princípio da legalidade, diretamente ligado às questões de erro em caso de dúvida.

A respeito da solução da dúvida, Alaor Leite cita a jurisprudência alemã que tem acatado, na maioria dos casos, a tese de erro de proibição quando o agente, se encontrando em dúvida, busca se informar mas acaba agindo em razão de uma informação equivocada. Por outro lado, ressalva-se que na jurisprudência alemã, apesar de tender a tal compreensão, não existe um consenso em relação aos critérios utilizados para verificar a atribuição do erro, que pode ser declarado tanto como evitável como inevitável, a depender do caso. A jurisprudência alemã tem compreendido a invencibilidade de erros de proibição quando o agente comete o ilícito após buscar informação jurídica especializada, obtida por fonte confiável, que afirmou a licitude da conduta¹⁹³. Tal entendimento se mostra coerente e totalmente válido, uma vez que não se pode esperar que o agente continue a buscar informações após ter recebido a informação de uma fonte na qual poderia confiar. Ressalva-se, ainda, a respeito da confiabilidade e competência da fonte, o entendimento de Alaor Leite, já apresentado anteriormente, de que a inexistência de indícios para se desconfiar da lisura ou da competência da fonte servem a presumir que tal fonte seja confiável¹⁹⁴.

Recorda-se, ainda, o entendimento de Alaor Leite já citado neste trabalho que afirma que no caso do agente acreditar ter cumprido seu dever de informação por encontrar informações favoráveis a entender a licitude de sua conduta, mas que uma

¹⁹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 200 e 201.

¹⁹² ROXIN, Claus *apud* LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p 72.

¹⁹³ LEITE, Alaor, *ibidem*, p. 106 a 108.

¹⁹⁴ *ibidem*, p. 171.

eventual busca mais aprofundada poderia leva-lo à consciência do injusto, deve ser reconhecido o erro de proibição, que nesses casos será evitável¹⁹⁵.

Entende-se amplamente a possibilidade do agente confiar em uma jurisprudência largamente dominante, no entanto, muitas vezes as jurisprudências são contraditórias, ambíguas ou inconclusivas. Nesses casos o entendimento da doutrina, segundo Alaor Leite, tem sido no sentido de se entender como erro de proibição invencível quando esse segue o entendimento do tribunal de hierarquia superior¹⁹⁶.

O maior problema reside nos casos em que as jurisprudências se contradizem em tribunais de mesma hierarquia. Nessas ocasiões deve-se acatar o entendimento de Roxin, já abordada anteriormente, de que dúvidas não passíveis de um esclarecimento seguro devem ser consideradas como erros de proibição. Ainda, tais dúvidas insuperáveis devem ser consideradas como erros de proibição invencíveis, pois, como afirma Roxin, não se pode restringir a liberdade dos cidadãos em razão de condutas das quais não se pode ter um esclarecimento seguro da ilicitude¹⁹⁷, demonstrando posição consoante ao entendimento de Binding, apresentado no tópico referente ao princípio da legalidade.

Há ainda que se declarar a possibilidade apresentada por Alaor Leite de um agente que se encontrando em dúvida opta por realizar a conduta sem prestar atenção ao seu dever de informação. Nesses casos, Alaor Leite defende a avaliação de um juízo hipotético em que se questiona se ao agente seria possível adquirir a consciência da ilicitude de sua conduta no caso de ter devidamente se informado. Caso, mesmo buscando a informação, o agente não fosse capaz de adquirir a consciência da ilicitude de seu ato, deve-se reconhecer o erro de proibição inevitável em seu favor¹⁹⁸.

A dúvida possui uma especial relevância nos casos de urgência, pois nessas situações muitas vezes o agente está impossibilitado de cumprir seu dever de informação, pois necessita tomar decisões rápidas. Nessas hipóteses se encontra especial relevância nos estudos realizados por Alaor Leite. Segundo o autor, ao se deparar com uma situação dessas, primeiramente é necessário verificar se ao autor existia algum dever de informação prévio¹⁹⁹. Conforme visto anteriormente, aos agentes que optam por realizar atividades regulamentadas, devem esses conhecer as

¹⁹⁵ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 174.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 117.

¹⁹⁷ ROXIN, Claus *apud* LEITE, Alaor, *Ibidem*, p. 72.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 144.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 157.

normas que cercam tais atividades, de forma que tal obrigação de conhecimento prévio incide diretamente no reconhecimento do erro. Por outro lado, mesmo tais autores por vezes irão se deparar com situações inesperadas das quais mesmo com conhecimentos acerca da regulamentação de sua área, terão problemas em desvendar se tal conduta poderia ou não ser considerada criminosa. Nessas situações deve-se, após verificar a obrigatoriedade de conhecimento prévio, verificar se a dúvida guarda plausibilidade jurídica, ou seja, a dúvida deve estar juridicamente fundada²⁰⁰. Cumpre observar que Alaor Leite, além desses critérios, expõe também outros como a atuação nos limites da dúvida²⁰¹ e também fatores como a possibilidade de danos a terceiros que sempre serão indícios de que a conduta é criminosa²⁰².

Alaor Leite ainda ressalta a relevância de um juízo hipotético de análise do dever de informação nessas hipóteses em que o agente não possui o tempo para pesquisar e cumprir tal dever, de forma que, afirma o autor, caso um juízo hipotético de cumprimento ao dever de informação não fosse capaz de trazer a consciência do injusto, haveria que se considerar um erro de proibição inevitável²⁰³.

O entendimento de Paulo César Busato é no sentido de que é escusável a atuação em erro quando a dúvida sobre a ilicitude se dá em uma situação na qual postergar a decisão pela atuação teria um grande potencial de prejuízo a terceiros ou ao próprio sujeito²⁰⁴.

Outra parte da doutrina, por sua vez, entende que nos casos de urgência em que não é possível que o agente cumpra seu dever de informação, deve ele optar por não praticar a conduta duvidosa, afirmando que atuar nessas hipóteses excluiria a incidência do erro de proibição, ressaltando a hipótese já apresentada em que o agente atua por estar em dúvida entre duas condutas possivelmente puníveis.

Os tratamentos apresentados em relação à atuação nos casos de dúvida quando o agente se encontra em uma situação de urgência e não tem a possibilidade de cumprir seu dever de informação são relevantes, de forma que o presente trabalho não pretende trazer um posicionamento final acerca de tais possibilidades. Por outro lado, concorda-se com a análise realizada por Alaor Leite em relação ao juízo

²⁰⁰ LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 152 e 153.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 152.

²⁰² *Ibidem*, p. 151.

²⁰³ *Ibidem*, p. 159.

²⁰⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 650.

hipotético, acatando a hipótese de que, caso o agente atue em dúvida, sem realizar o devido dever de informação, deve haver a subsunção da conduta a um cumprimento hipotético do dever de informação, de forma que, caso o cumprimento ao dever de informação não fosse capaz de trazer a consciência segura do injusto, deve ser reconhecido o erro inevitável. Entende-se, também, como mais viável o entendimento apresentado por Paulo César Busato que a exigência de abstenção do agente quando se encontrasse em dúvida diante de situações de urgência.

Ainda, importa demonstrar que, apesar da doutrina tratar tanto da dúvida como do dever de informação como hipóteses relacionadas ao erro de proibição, tais hipóteses também podem ocorrer em relação aos erros de tipo, como por exemplo no caso em que o agente se encontra em dúvida quanto a valoração de determinado elemento normativo. Nesse caso estaria o agente em erro de tipo.

A própria doutrina predominante reconhece a dúvida como erro de tipo em variados casos, citando-se em especial os casos de discriminantes putativas, pois essas, em geral, serão decorrentes de dúvidas, pois é evidente que dificilmente o agente terá a certeza de que se encontra diante de uma causa de justificação quando essa na verdade não existe.

O agente que, por exemplo, se encontre em dúvida quanto a sua conduta se enquadrar ou não como gestão temerária estará em dúvida quanto a valoração de um elemento normativo do tipo, de forma que, caso um exauriente cumprimento ao dever de informação não seja capaz de trazer ao agente um conhecimento seguro de que sua conduta é típica, deve então ser reconhecido o erro de tipo invencível, ressalvando-se que requerer do agente que se abstenha de atuar em tais circunstâncias seria totalmente incompatível com as premissas do Estado Democrático de Direito, conforme já exposto anteriormente.

3.4. TEORIAS DO ERRO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Atualmente proliferaram-se diversos entendimentos acerca do estudo do erro no Direito Penal, que se propagam desde o retorno a distinção entre erro de fato e

erro de direito²⁰⁵ até doutrinas que buscam o retorno da figura do *dolus malus*. Tais hipóteses de reanalisar a aplicação do erro decorrem, dentre outras razões, do avanço tanto no campo do Direito Penal Econômico como no do Direito Penal Ambiental, os quais trazem consigo novos desafios à doutrina para a solução dos casos de erros jurídico-penais, de forma que parte da doutrina entende até mesmo uma separação na análise do erro de forma a tratá-lo de maneira diversa quando este incidir em normas de direito penal nuclear ou normas de direito penal econômico²⁰⁶.

Na análise proposta por autores acerca das normas penais em branco encontramos autores, conforme já exposto anteriormente, que afirmam que os erros incidentes nas normas extrapenais devem ser caracterizados como erros de tipo, o que não se concorda por razões anteriormente apresentadas no presente trabalho. Segundo Hugo de Brito Machado, caso o erro na interpretação das normas tributárias não seja capaz de excluir o crime através do erro de tipo, a relação de tributação deixa de ser uma relação jurídica, de forma que passa a ser uma relação de poder. Afirma o autor que, nesse caso, toda vez que houvesse dúvida por parte do consumidor este deveria procurar a autoridade administrativa e atuar de acordo com o entendimento adotado por essa²⁰⁷.

Welzel, em obra elaborada no ano de 1953, também se posicionou no sentido de entender que o desconhecimento do dever tributário caracterizaria erro de tipo²⁰⁸. À época sua ideia foi contrariada, principalmente, por Manfred Maiwald, que estendia os erros sobre elementos normativos inseridos no Direito Penal Econômico seriam erros de proibição, incluindo-se os erros quanto a pretensões tributárias²⁰⁹.

Conforme foi visto anteriormente durante o trabalho, a norma penal em branco insere o seu complemento no conteúdo do tipo penal, de forma que, pensando-se a norma toda em conjunto, podem ocorrer tanto erros de tipo como erros de proibição, conforme se desprende das análises acerca dessas espécies de erro anteriormente realizadas. Caso o complemento da norma traga um elemento normativo, ou seja, um elemento que necessita de um juízo de valor e o agente erra ao valorar erroneamente sua conduta, poderá ser reconhecido o erro de tipo. Se, por outro lado, o agente

²⁰⁵ ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 75.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 84 e 85.

²⁰⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 75 e 76.

²⁰⁸ ALMEIDA, André Vinicius de, *op. cit.*, p. 78.

²⁰⁹ *Ibidem*, p.78.

interpreta erroneamente determinado dispositivo ou então desconhece a norma, poderá ser reconhecido o erro de proibição.

O Direito Penal Econômico de fato apresenta uma peculiaridade em relação ao restante das normas de direito penal, pois nesse ramo muitas vezes os fatos vistos isoladamente não possuem qualquer significado antijurídico ou qualquer indicação de antijuridicidade. É comum ao Direito Penal Econômico que a antijuridicidade de determinadas condutas somente possa ser percebida a partir de complexas análises normativas, jurisprudenciais e doutrinárias, de forma que o mero esforço intelectual ou o conhecimento adquirido no convívio em sociedade não são capazes de demonstrar a antijuridicidade de tais condutas. Por essa razão, se percebe uma certa coerência em se pretender o conhecimento e compreensão de tais normas como elementos necessários ao dolo. André Vinicius de Almeida compreende que o erro no Direito Penal Econômico tem como saída dogmática a preferência pelo erro de tipo em relação ao erro de proibição, de maneira a compreender que os erros incidentes nas normas extrapenais, assim como o erro incidente nos elementos normativos devem ser considerados erros de tipo. Para explicar seu posicionamento o autor cita o exemplo de um agente que desconhece o conteúdo da tabela referida no art. 2º, inciso VI, da Lei nº 1.521/51 (crimes contra a economia popular) e acabaria vendendo seu produto por valor acima do tabelado, incidindo no crime descrito. Nessa ocasião o entendimento de André de Almeida é no sentido de que não haveria dolo do agente em cometer o crime e que o erro seria decorrente da falta de consciência de um dos elementos integrantes do tipo, de sorte que o autor compreende haver erro de tipo²¹⁰. No entanto, com a separação entre dolo e consciência da ilicitude, colocando o dolo como elemento do tipo penal, tal posição se torna inviável para a teoria finalista, adotada no Brasil, pois tanto na doutrina quanto no ordenamento brasileiro é adotado o entendimento de que para que seja caracterizado o dolo devem estar presentes os elementos cognitivo e volitivo do agente, de forma que o conhecimento de que pratica uma conduta contrária ao direito é elemento da culpabilidade e não do dolo. Por outro lado, pode-se acatar a hipótese de que o tipo possui um elemento subjetivo especial implícito, o qual requer a finalidade do agente de prejudicar o consumidor (por exemplo), de forma que o crime seria excluído não em razão do não reconhecimento

²¹⁰ ALMEIDA, André Vinicius de. **O erro de tipo no Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 90.

do dolo em vender o produto por determinado preço e sim em razão do agente não possuir o especial fim de prejudicar o consumidor.

Tal entendimento acerca da consciência da ilicitude, por outro lado, deve ser analisado de maneira mais cuidadosa nos casos de crimes omissivos, em que o desconhecimento do dever de agir é comumente visto como erro de mandato, já tratado anteriormente. Nesses casos, Juarez Tavares tece importantes críticas ao analisar o erro de mandato quando incidente em determinados tipos de normas mais comuns ao Direito Penal Econômico. A princípio, o agente que deixa de realizar uma ação por desconhecer o dever que lhe é imposto estará em erro de mandato, equiparado ao erro de proibição. No entanto, compreendendo-se dessa forma, o agente que, por exemplo, deixar de prestar informações ao fisco, por desconhecer que determinadas informações deveriam ser prestadas, poderá ter sua conduta considerada como dolosa, acatando-se apenas que o agente atuou em erro de proibição, mas deixou dolosamente de prestar tais informações. Nesses casos entende Juarez Tavares, afirmando a tendência da jurisprudência alemã em entender de maneira semelhante, haver erro de tipo em lugar do erro de proibição. Tal pensamento decorre da análise realizada pelo autor no sentido de que, em situações como a apresentada, o agente é incapaz de ter conhecimento da ação que lhe é imposta sem que conheça o dever de realizar tal ação²¹¹. Deve-se concordar com o pensamento apresentado, de forma a aceitar a ocorrência de erro de tipo nos casos de crimes omissivos em que a omissão se encontra obrigatoriamente vinculada ao prévio conhecimento do dever de agir imposto ao agente²¹², mesmo que tais erros sejam decorrentes de um desconhecimento normativo, pois o agente em questão não consegue ter consciência de que está deixando de atuar, de forma que lhe falta a vontade de inação, devendo-se acatar, portanto, o erro de tipo, excluindo-se o do dolo no caso de erro evitável e excluindo-se o dolo e a culpa no caso de inevitável. Importante frisar, como bem acentua Juarez Tavares, que o erro de tipo não será reconhecido em todos os casos de erro incidentes nos tipos penais omissivos²¹³, mas apenas nos casos em que ocorre a análise apresentada, de forma que o erro de mandato existirá conforme o disposto a seu respeito no tópico intitulado “erro de

²¹¹ TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996, p.99.

²¹² *Ibidem*, p. 99.

²¹³ *Ibidem*, p. 98 e 99.

proibição”, acontecendo, por exemplo, no caso do professor de natação que deixa de salvar seu aluno de um afogamento por acreditar que sobre ele não existe uma posição de garante.

3.5. APLICAÇÃO DO ERRO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Apresentadas diferentes teorias que visam tutelar as normas de Direito Penal Econômico, passa-se à análise defendida acerca do tratamento do erro nesse ramo do direito, que é semelhante à análise que deve ser aplicada ao direito penal nuclear.

Ressalta-se que o presente tópico não pretende analisar todas as hipóteses de erro, mas apenas as que podem acarretar maiores discussões na análise do Direito Penal Econômico.

Os tipos penais abertos e seus elementos normativos devem ser compreendidos da forma já explicada no decorrer do trabalho, de modo que o erro do agente quanto à valoração de determinado elemento normativo caracteriza-se como erro de tipo. Caso o erro se dê quanto à interpretação ou haja desconhecimento da ilicitude deve o erro ser compreendido como erro de proibição, ressaltando-se, conforme já abordado durante o trabalho, que o entendimento do judiciário não constitui norma e não é capaz de compor o tipo penal. O entendimento jurisprudencial, por outro lado, é hábil para sanar as dúvidas do agente e para auxiliar ou exaurir um eventual dever de informação.

Com relação às normas penais em branco, os complementos de tais normas devem ser tratados como elementos constitutivos desta, não sendo possível aplicar a norma penal em branco sem o seu complemento. Dessa forma, ao se deparar com uma lei penal em branco, deve-se analisá-la junto de seu complemento, tendo este também seus elementos que necessitam de um juízo de valor e elementos que são meramente descritivos.

Pode ocorrer do agente valorar erroneamente um dos elementos que se encontram inseridos no complemento de uma norma penal em branco e necessitam de um juízo de valoração. Nesses casos o erro quanto à valoração será considerado

erro de tipo, assim como ocorre naturalmente nas normas penais, de forma já abordada no presente trabalho.

Caso o agente incida em erro no caso de um crime omissivo, deve-se primeiramente questionar se o agente possuía a consciência de que se encontrava diante de uma situação na qual poderia haver o requerimento de uma ação de sua parte. Caso o agente não possua tal conhecimento não se pode falar em uma inação dolosa. Diferente é o já citado caso de um professor de natação que vê seu aluno se afogando e opta por não salvá-lo por desconhecer que haveria um dever de garante. Nessa situação, observa-se que o agente dolosamente deixa de salvar seu aluno, possuindo plena consciência de que poderia ter atuado na ocasião, reconhecendo-se, nesse caso, o erro de proibição.

Portanto, observa-se que nos casos de determinados crimes omissivos é necessário que o agente possua o conhecimento da norma proibitiva para que possa deixar de atuar de maneira dolosa, podendo o agente incidir em erro de tipo, ainda que derivado primariamente de um desconhecimento normativo.

Pode, ainda, ocorrer do agente desconhecer a proibição de determinada conduta que possui um elemento subjetivo especial do tipo que exige o conhecimento da ilicitude para que possa ser contemplado, o que ocorre, por exemplo, nos casos de crimes tributários, em que é necessário em o dolo de fraude por parte do agente. Nessas situações o desconhecimento da proibição de determinada conduta impedirá que o agente atue com o dolo de fraudar, necessário ao tipo em questão, de forma que, ainda que em princípio se pudesse imaginar a ocorrência de um erro de proibição, na realidade haverá atipicidade da conduta por falta do elemento subjetivo especial do tipo. A respeito, especificamente da fraude, já decidiu o STF que: “descabe confundir interpretação errônea de normas tributárias, passível de ocorrer quer por parte do contribuinte ou da Fazenda, com o ato penalmente glosado, em que sempre se presume o consentimento viciado e o objetivo de alcançar proveito sabidamente ilícito”²¹⁴.

É possível, ainda, o reconhecimento da hipótese de um elemento subjetivo especial implícito no tipo, como pode ocorrer nos casos de delitos mutilados de dois ou vários atos, conforme tratado anteriormente. Nessas ocasiões pode ser reconhecida a exclusão do crime em razão da ausência do elemento subjetivo

²¹⁴ STF: HC nº 72.584-8, rel. p/ Acórdão Min. Marçõ Aurélio, j. em 17/10/1995, DJ de 03/05/1996.

especial do tipo. Nesse sentido tem-se o entendimento do Excelentíssimo Juiz Federal Sergio Fernando Moro na sentença exarada nos autos de ação penal nº 5022522-16.2012.404.7000/PR, em que o magistrado absolve a ré acusada da prática dos crimes descritos no art. 337-A, incisos I e III, do Código Penal²¹⁵. Na ocasião a ré, empresária, deixou de apresentar em GFIP a quantidade de segurados empregados e as respectivas remunerações pagas durante certo período. No entanto, a ré fez constar na RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), documento de apresentação obrigatória, as informações que se encontravam omitidas na GFIP, de forma que os órgãos de fiscalização descobririam, sem maiores esforços, que a denunciada havia deixado de recolher contribuições previdenciárias através da omissão de informações na GFIP, o que leva a crer que a acusada não possuía a intenção de sonegar o tributo, pois a tentativa de sonegação nesse caso seria inevitavelmente descoberta. Tendo em vista tal análise, a ré foi absolvida pelo entendimento de que o conjunto probatório existente não permitiu que fosse reconhecida a intenção da acusada em sonegar a contribuição previdenciária e também não foi demonstrado o desejo de não recolher o tributo devido²¹⁶. Demonstrasse, portanto, o reconhecimento do elemento subjetivo especial do tipo implícito no tipo penal, de forma que, na ocasião, a inexistência da intenção de sonegar excluiu o crime por ausência do elemento subjetivo.

Com relação à dúvida do agente, viu-se que essa instaura um dever de informação para que a dúvida seja sanada. Caso o agente desconsidere seu dever de buscar a informação, parece lógico o reconhecimento de um dolo eventual em razão do agente não se importar se sua conduta realmente será ilícita, ou então do agente preferir não descobrir tal ilicitude para não ser prejudicado posteriormente.

Pode ocorrer do agente, em busca de sanar sua dúvida, se contente com, por exemplo, algumas jurisprudências favoráveis a reconhecer a licitude de sua conduta, mas que em uma busca mais aprofundada descobriria que sua conduta na verdade era

²¹⁵ “Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; [...] III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias”.

²¹⁶ O reconhecimento da inexistência do desejo de deixar de recolher o tributo devido, por sua vez, refere-se ao reconhecimento do erro de tipo em lugar do erro de mandato em um crime omissivo, já abordado e defendido no presente trabalho.

ilícita. Nessa ocasião há erro evitável por parte do agente, uma vez que esse, por negligência, deixou de se cercar dos cuidados que, caso tomados, o levariam ao conhecimento de que sua conduta seria considerada típica e ilícita, podendo ocorrer tanto em casos de erro de tipo como em casos de erro de proibição.

No caso de jurisprudências contraditórias o entendimento predominante é no sentido de que deve ser acatada sempre a jurisprudência de maior grau hierárquico, e, caso haja discordância em tribunais de mesma hierarquia, sem manifestações de tribunais de hierarquia superior, a conduta do agente não será criminosa em razão de se encontrar em erro invencível.

Caso o agente busque a assessoria de um advogado especialista, que possa ser considerado, ou aparentemente possa ser considerado, uma fonte confiável para prestar tal informação e posteriormente o agente atue amparado pelo reconhecimento da licitude prestado por tal fonte, deve-se reconhecer que o agente atua em erro invencível, uma vez que não se espera uma continuidade na busca por informações a partir do momento em que é contratado um especialista que se responsabiliza por prestar uma informação qualificada e confiável.

O dever de informação, além de surgir com a dúvida, surge também previamente ao agente que pretende realizar determinada atividade regulamentada, de forma que, atuando em determinada área, supõe-se que o agente possua conhecimento acerca das normas vigentes na sua área de atuação, reconhecendo-se, por outro lado, que mesmo tal suposição não é absoluta e podem haver casos de erro, uma vez que sequer o judiciário se posiciona de maneira unânime em relação a regulamentação de determinadas atividades. Ressalta-se, ainda, que não se pode cobrar um conhecimento prévio de um microempresário da mesma maneira que se cobra a uma empresa de grande porte, que possui maiores recursos e maiores possibilidades de reconhecer a regulamentação de determinado setor.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou abordar os mais variados aspectos em relação aos erros jurídico-penais e, por fim, buscou apresentar uma proposta para a aplicação do erro de tipo e erro de proibição no Direito Penal Econômico que não se desvincula das hipóteses de aplicação dos erros incidentes em normas do direito penal nuclear. Para tanto, partiu-se de uma análise que concilia a teoria finalista, a teoria limitada da culpabilidade e o ordenamento jurídico brasileiro vigente, não se buscando hipóteses para a aplicação do erro que exigiriam mudanças no quadro atual do ordenamento brasileiro e sim hipóteses que coadunam com as normas vigentes.

Ao analisar as normas que possuem elementos subjetivos especiais para a caracterização do injusto, observou-se que determinados elementos possuem a necessidade do conhecimento do agente acerca da norma proibitiva (incluindo-se o seu complemento), de forma que o atuar do agente nesses casos, que a princípio levariam ao entendimento de um erro de proibição, na verdade excluiriam a tipicidade por ausência do elemento subjetivo especial do tipo. Tendo em vista tal análise, observa-se que, portanto, cabe ao legislador optar por incluir esse tipo de elementos subjetivos especiais do injusto quando desejar que o agente necessite do conhecimento da ilicitude para que se possa configurar o elemento subjetivo do tipo, assemelhando-se aos casos em que ocorre o erro de tipo e criando uma abordagem que se aproxima da pretendida por defensores do reconhecimento do *dolus malus* nos crimes econômicos.

Ainda, observa-se que é possível à doutrina e à jurisprudência o reconhecimento de elementos subjetivos especiais implícitos no tipo penal, entendendo que determinados tipos necessitam de uma finalidade específica, ainda que não esteja descrita na norma, necessária para a configuração do crime. Portanto, por essa hipótese podem, determinados tipos, possuir uma finalidade específica que não conste no tipo penal, podendo essa, inclusive, necessitar da consciência da ilicitude para ser configurada, como ocorre no exemplo da finalidade específica de “fraudar”.

Buscou-se demonstrar, por fim, a partir do presente trabalho, não apenas o modo de tratamento do erro jurídico-penal nos crimes econômicos, mas também que

a análise desses erros não necessita ser diversa entre casos de erros incidentes em normas de Direito Penal Econômico e de direito penal nuclear, pois as normas que regulam o direito penal nuclear podem ser utilizadas de modo a enfrentar os desafios criados pela sociedade do risco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais. v.1**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Dialética, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35.ed. São Paulo: Saraiva 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, volume 4. Parte especial: Dos crimes contra a fé pública a Dos crimes contra a administração pública**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEITE, Alaor; GRECO, Luís. **Claus Roxin, 80 anos**. Revista Liberdades, online, nº 7, artigo 4: IBCCRIM, maio – agosto de 2011. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/87-ARTIGO. Acesso em: 20/09/2014

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

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Traduzido da última edição e comentado por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899.

LOVATTO, Alecio Adão. **O princípio da igualdade e o erro penal tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 27. ed. ver. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

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

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

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

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

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência: Uma Contribuição à Teoria do Crime Culposos**. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.