

PROBLEMAS DO ERRO NOS DELITOS DIFUSOS

PROBLEMS OF ERROR IN DIFFUSE OFFENSES

Priscila Kutne Armelin¹
Rafael Veríssimo Siquero²

RESUMO

O estudo perpassa pela questão da teoria do erro no âmbito dos delitos coletivos e difusos, porém, primeiramente, analisa-se as teorias do dolo e da culpabilidade, bem como as espécies de erro. Após posicionar-se dentro da perspectiva teórica, abordar-se a incidência do erro nos elementos normativos, adequando-os em ser ou não erro de tipo ou erro de proibição. Compreende, ainda, uma reflexão do erro sobre a norma penal em branco e dos delitos omissivos impróprios, nesse prisma de crimes meta individuais. Ponto pungente são as escusas absolutórias e as condições objetivas de punibilidade, que devem ser analisadas em relação a questão do erro, sempre num enfoque da perspectiva finalista.

Palavras-chave: Teoria do erro. Crimes supra individual. Erro de tipo. Erro de proibição.

ABSTRACT

The study goes through the issue of error theory in the context of collective and diffuse offenses, but, first, we analyze the theories of deceit and guilt, as well as the species of error. After positioning it self with in the theoretical perspective, approaching the incidence of error in normative elements, adjusting them to be or not type error or error ban. It also includes a discussion of the error on the criminal standard blank and unfit omissive crimes, crimes meta individual this prism. Poignant point are absolving excuses and the objective conditions of punishment that should be analyzed in relation to the issue of mistake, always a focus of the finalist perspective.

Keywords: Theory of error. Supra individual crimes. Type error. Error ban.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM, especialista e graduada em Direito – UEM. Professora e Coordenadora do Curso de Direito com Ênfase em Políticas Públicas da FAMMA – Faculdade Metropolitana de Maringá. Professora de Pós-Graduação. Presidente da comissão da Educação Jurídica da OAB/Subseção de Maringá-Pr. Advogada. Autora da obra “Patrimônio cultural e sistema penal”, pela Juruá, 2008. E-mail: priscila@unifamma.edu.br

² Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (PR), cursou Contratos e Operações Bancárias pela sistema de pós graduação da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (SP), graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (PR). Advogado.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Com o pós-guerra, o desenvolvimento dos países e o desenvolvimento industrial, a sociedade passou por grandes transformações, e o Estado liberal para um Estado do bem-estar social. Há desta forma, uma ampliação dos bens jurídicos existentes e uma criação de novos bens jurídicos, devido aos anseios de consumo desta Estado. Os bens jurídicos supraindividuais passam a ter relevância para serem elevados a bens jurídico-penais.

Ao assumir estas novas realidades, com novos conteúdos, o Direito Penal deve adotar técnicas para proteger tais bens, como o uso de elementos normativos e normas penais em branco. Diante destas particulares dos tipos penais no âmbito dos delitos supraindividuais, propõe-se no presente trabalho versar a respeito da teoria do erro e sua incidência sobre os elementos normativos do tipo e dos elementos integrativos da norma penal em branco, nestes delitos.

Cumprido, assim, abordar de forma geral a questão do erro na doutrina.

A princípio importa esclarecer que erro não se confunde com ignorância³, visto que o primeiro vem de engano, não acertar, já esta é corresponde à falta do saber, ausência de conhecimento⁴. Nesta linha, não se deve confundir a falta de conhecimento de ilicitude com a ignorância da lei, embora tal diferença seja elementar, visto que a lei é uma norma escrita, editada pelo órgão competente; enquanto que a ilicitude de um fato é a correlação de contrariedade que se estabelece entre esse e a totalidade do ordenamento jurídico vigente, tem-se que “(...) só mesmo por meio de uma imperdoável confusão a respeito do verdadeiro sentido desses conceitos se poderá chegar à falsa conclusão de que *ignorância da lei* é igual à *ignorância da ilicitude* de um fato da vida real”⁵. Isto explica a redação do artigo 21 do Código Penal brasileiro, que de um lado trata a inescusabilidade da ignorância da lei⁶ e de

³ Erroneamente Heleno Cláudio Fragoso afirma que o erro se equipara a ignorância (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 12 ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 177).

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1995. p. 259; 349. Bento de Faria já conceituava: “ignorância - é a falta de conhecimento sobre a existência da lei; erro - é o conhecimento deficiente ou inexato da norma legal” (FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro: comentado: decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940: parte geral*. v. II. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editora, 1961. p. 160). Vale reportar as lições de Alcides Munhoz Neto de que: “Ao direito, contudo, não interessam a ignorância e o erro em seu estado puro, como meras situações cognoscitivas, mas como estados intelectivos que se refletem na vontade da ação” (MUNHOZ NETO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 3).

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 262-263.

⁶ Isto porque, no estudo da culpabilidade, não se exige a consciência da ilicitude, como era anteriormente, mas a potencial consciência, que não é uma consciência técnica-jurídica, mas da chamada consciência profana do injusto, ou seja, do anti-social, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade. Indaga-se se havia possibilidade de adquirir tal consciência, não basta não ter consciência do injusto para inocentar-se

outro a escusabilidade do desconhecimento do injusto⁷, atenuando, desta forma, o rigor da disposição anterior que adotava apenas o princípio da irrelevância do erro sobre a ilicitude.

Francisco de Assis Toledo cita como formas mais comuns de ignorância da lei que se identifica com o erro de proibição, mas são inescusáveis, a saber: erro de vigência e erro de eficácia da lei, sobre a punibilidade do fato (sabe que faz algo proibido, mas supõe inexistir pena criminal) ou sobre a subsunção do fato à hipótese legal (conhece a previsão legal, mas por erro de compreensão supõe que sua conduta não coincide com a descrição legal)⁸. Este autor admite que nestes casos poderá haver erro de proibição, mas de forma especialíssima, devendo atender a identificação da inevitabilidade do erro. Indo à fonte, Hans Welzel faz a distinção entre ser ou não evitável, ou seja, o erro sobre a validade de uma norma de Direito Penal (erro de vigência), pode ser erro de proibição, quando o autor conhece a proibição, mas acredita que não é mais válida. Quanto ao erro de subsunção (erro sobre a lei, sobre os conceitos legais, não referente ao dolo), tem dupla significação, se o autor podia conhecer ou conhecia a punibilidade (quanto à cominação penal), ou seja, seu erro é irrelevante; mas, quando seu erro impede de que conheça a antijuridicidade, não somente à punibilidade, há erro de proibição. E explica que “A linha divisória entre o erro de tipo e o erro de subsunção não se encontra entre o desconhecimento de um “fato” e as conclusões equivocadas dele (...), mas entre o erro sobre uma *circunstância do tipo* e o erro sobre um *conceito jurídico*”, e finaliza dizendo que o erro de subsunção inicia-se quando o autor atua sem consciência do significado *material* da circunstância do tipo na vida social⁹.

(BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro jurídico-penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 49; 51). Vide ainda: BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 156-149.

⁷ Alerta a doutrina que com o artigo 21, o Código reconhece a diferença entre desconhecimento da lei e o erro acerca da ilicitude do fato, com isto, o princípio “o erro de direito não escusa” ficou sepultado no Brasil (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 496). “No entanto, apesar do grande esforço dogmático para demonstrar a distinção entre a *ignorantia legis* e o erro de proibição, diante da multiplicidade de leis, existem casos de difícil solução. (...) Nesse sentido, somente para ilustrar, de acordo com o nosso Código Civil, a coisa achada, da qual não se sabe quem é o dono, deve ser entregue à autoridade policial. O Código Penal, por sua vez, tipifica-a como crime, equiparada à apropriação indébita (art. 169). Uma pessoa por exemplo, encontra um objeto e, sem saber quem é o dono, fica com ele. Procurado pela autoridade policial, declara: ‘Olha, sempre imaginei que se deveria devolver coisa achada quando se soubesse quem é o dono. Quando este é desconhecido, sempre tive a convicção de que tal obrigação não existe’. Estaria alegando apenas desconhecimento da lei ou erro sobre a ilicitude? É bem verdade que a ignorância da lei lhe facilita o erro sobre a ilicitude. (...) A lei diz uma coisa, mas esse comando legal não está disseminado na consciência da comunidade. Na verdade a pessoa pode alegar *erro sobre a ilicitude* e não simplesmente desconhecimento da lei. (...) A culpabilidade penal exige não apenas a consciência da ilicitude, mas a potencial consciência dessa ilicitude” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral, volume 1*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 331).

⁸ TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit. p. 271. A este respeito, vide também: BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 74-77.

⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas: Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 132-136.

Posiciona-se que quanto ao erro de vigência, dentro da linha de Francisco de Assis Toledo, e defendida por Cezar Roberto Bitencourt, o qual contesta a posição de Hans Welzel, de que este erro constitui uma variante do erro de proibição. Bem alega esse autor que no caso há uma possibilidade de antijuridicidade, visto que o agente não pode ignorar que infringe conscientemente uma norma jurídica por considerar que não é válida (cuja conduta é proibida), ele está atuando com potencial consciência de ilicitude e não com erro de proibição¹⁰. Quanto ao erro de subsunção, também Cezar Roberto Bitencourt aponta que a distinção feita por Hans Welzel somente afirma a postura que o desconhecimento da lei é inescusável, postura esta ora acolhida¹¹.

Aliás, o Código atual trata da questão do erro, fazendo já a moderna distinção entre erro de tipo e erro de proibição¹², nos artigos 20 e 21, respectivamente.

Tem-se que conforme o conceito dogmático de delito adotado, que ora se opta por dividir em dois blocos: teoria finalista e teoria causal há os efeitos sobre a teoria do erro. Dentro destas concepções têm-se as teorias do dolo (esquema causal) e teorias da culpabilidade (esquema finalista).

No esquema causal, o dolo tem como elemento o conhecimento da ilicitude e está situado na culpabilidade, desta forma, tanto o erro de tipo como o erro de proibição, ambos excluem o dolo, é a solução unitária. De modo diverso, nas teorias da culpabilidade o dolo é a consciência e vontade da realização do tipo objetivo, não contém a consciência da ilicitude, esta está inserida na culpabilidade¹³. Deste modo, há que se admitir, como argumenta a doutrina, que o ponto de partida para compreensão das espécies de erro reside na posição que se atribua ao conhecimento da ilicitude na estrutura do delito¹⁴.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 75.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 75-76.

¹² Juarez Cirino dos Santos compara o erro de tipo com o erro de fato e o erro de proibição com o erro de direito. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985. p. 205). Todavia, Cezar Roberto Bitencourt alerta que para a compreensão do erro, deve-se abandonar os velhos conceitos de erro de direito e erro de fato; visto que houve uma profunda modificação conceitual, com a denominação de erro de tipo e erro de proibição, sendo que estes não há coincidência entre os velhos e novos conceitos, mudou-se a sistemática. “A ultrapassada classificação de erro de direito e erro de fato baseava-se na situação jurídica e na situação fática. A problemática, hoje, é diferente; enfoca-se outra questão: a tipicidade e a antijuridicidade (ilicitude). Ou seja, o erro recai sobre a tipicidade ou sobre a injuridicidade” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro jurídico-penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 47-48). No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 178; TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit. p. 258; 267; LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 109; MUNHOZ NETO, Alcides; p. 10-11; WELZEL, Hans, op. cit., p. 127.

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 432-433. Vide também: BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 52-57.

¹⁴ MUNHOZ NETO, Alcides; p. 77. Jorge de Figueiredo Dias defende que repousa na culpabilidade, definindo suas diferenças, define-se as do erro (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 292). Entende-se que em ambos os casos, pela

1.1 A respeito das teorias do dolo

Aníbal Bruno entende como elemento psicológico-normativo da culpabilidade, a consciência e vontade, entendidas como uma vontade ativa, dirigida a um fim. São elementos subjetivos da culpabilidade; assim, dentro desta postura causalista, o autor define o erro como forma de impedir o agente alcançar a representação real do fato. “Representação do fato nas suas características objetivas que o põem em conformidade com o tipo penal, ou no seu sentido social-jurídico, como ato contrário ao dever perante a ordem de Direito”¹⁵. Tal postura fica bem delineada ao comentar o erro de tipo, em que o mesmo menciona que exclui a culpabilidade. Neste sentido, nas discriminantes putativas, defende que há ausência de culpabilidade, excluída por erro essencial que o faz crer na licitude do seu comportamento; não exclui o fato, mas o elemento subjetivo da culpabilidade¹⁶.

Todavia, há que se comentar que as teorias do dolo, tanto a extremada (que equipara erro de tipo com erro de proibição, excluindo sempre o dolo) como a limitada (acrescenta que o conhecimento potencial exclui o dolo, não exige o conhecimento atual e concreto com a outra teoria), ambas perderam seu valor ante as teorias da culpabilidade; aquelas teorias são apenas lembradas por seu valor histórico¹⁷. Isto porque, uma das mudanças que o finalismo trouxe com o conceito de ação final, foi introduzir o dolo no tipo subjetivo dos delitos dolosos, separando o dolo da consciência da ilicitude, e por consequência, mudou-se a disciplina do erro: erro de tipo é excludente de dolo e por extensão, do tipo, e erro de proibição, exclui a culpabilidade¹⁸.

1.2. A respeito das teorias da culpabilidade

culpabilidade ou pelo conhecimento da ilicitude, chega-se ao mesmo ponto, visto que a questão é saber se o conhecimento da ilicitude é elemento da culpabilidade ou do dolo.

¹⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral, tomo 2º: fato punível*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 57; 59; 109. Também acolhem as teorias do dolo, dentre outros: MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 204; 237; COSTA JUNIOR, Paulo José. *Comentários ao Código penal*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 83; 90; HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao código penal: volume I, tomo II: arts. 11 ao 27*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. P. 225; GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. v. 1. t. 1. 4. ed. 38. tir. São Paulo: Max Limonad, 1976. p. 274; 277; ROSA, Antonio José Miguel Feu. *O novo código penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985. p. 98; 163; NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal: volume 1: introdução e parte geral*. 24. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 96. FARIA, Bento de; op. cit., p. 166 (há que ressaltar que este autor adota a concepção de delito dentro do antigo modelo objetivo-subjetivo).

¹⁶Id., p. 120-122.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 54.

¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Renavan, 2002. p. 6.

Nas teorias da culpabilidade tem-se que o erro sobre o elemento intelectual do dolo, exclui o erro de tipo, por recair sobre os elementos constitutivos do tipo penal, porém, se incidir sobre a potencial consciência da ilicitude, o dolo permanece intacto e afasta-se a culpabilidade, visto que aquela é elemento desta – é o erro de proibição¹⁹.

Todavia, há duas subdivisões desta teoria de esquema finalista²⁰: a teoria estrita da culpabilidade, em que o erro sobre a ilicitude do fato é sempre erro de proibição; e a teoria limitada da culpabilidade. Esta distingue erro de proibição direto (“o agente atua com a convicção de que sua ação não está proibida pela ordem normativa – erro sobre a ilicitude da conduta”²¹) e indireto (“designa erro sobre um norma permissiva. O agente pensa que sua ação está amparada por uma eximente – o agente supõe presente uma causa de justificação inexistente – que não é reconhecida pelo direito – erro sobre a existência e os limites de uma causa de justificação”²²). Para esta teoria limitada, quando há uma justificante, têm-se duas soluções: a) se o erro incidir sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, equipara-se ao erro de tipo permissivo (exclui o dolo, restando a culpa) – exemplo: existência de *agressão* na legítima defesa, ou da *situação* de necessidade no estado de necessidade, do *dever legal* no estrito cumprimento do dever legal; b) se o erro incidir sobre a existência, o âmbito ou os limites de uma causa de justificação, constitui erro de proibição indireto, que se inevitável exclui a culpabilidade e se evitável, atenua a pena – exemplo: erro sobre a *injusta agressão* na legítima defesa; sobre *estrito* cumprimento do dever legal; sobre o *regular* exercício de direito. “Assim, a diferença entre as duas teorias da culpabilidade – *estrita e limitada* – está no tratamento dado ao erro sobre os *pressupostos fáticos* de uma causa de justificação: para a teoria estrita (*erro de proibição*); para a teoria limitada (tratado como *erro de tipo permissivo*)”.²³

EXEMPLO DE ERRO DE PROIBIÇÃO INDIRETO: o agente mata um animal silvestre sem autorização legal (proibido pelo artigo 29 da Lei n. 9.605/98), acreditando estar diante de

¹⁹ Exemplo típico é o agente que acredita que ter em depósito cocaína não é vedado (PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op. cit., p. 438).

²⁰ Há ainda a teoria dos elementos negativos do tipo, que criou o tipo total de injusto, o qual abrange também as causas de justificação, como elementos negativos do tipo. Esta teoria identifica inadequadamente tipicidade e ilicitude, sendo que o dolo abrange também a ausência de uma causa de justificação, assim, o erro nas discriminantes putativas fáticas é erro de tipo como tal exclui o dolo. O ponto de crítica a esta teoria, o que se entende lógico, é que o desvalor da ação não desaparece quando o autor crer subjetivamente atuar com o apoio do Direito (BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 58).

²¹ PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op. cit., p. 438. Este autor exemplifica: “bigamia – erro sobre a natureza do casamento anterior, que se supõe inválido; furto de coisa de pequeno valor – o agente crê ser tal conduta permitida” (PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op. cit., p. 438).

²² PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op. cit., p. 439.

²³ PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op. cit., p. 433-434.

uma situação de perigo, que na realidade não existe. Para a teoria limitada, exclui o dolo, para a teoria estrita, a culpabilidade.

O Código Penal brasileiro adota a teoria limitada da culpabilidade, artigo 20, §1º²⁴. Todavia, não se concorda com esta posição do legislador. Entende-se que a melhor postura a ser adotada em caso de erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação é a teoria estrita da culpabilidade, em que não exclui o dolo, mas considera erro de proibição. Isto porque, como ensina a doutrina finalista pura, a estrutura lógico-objetiva da culpabilidade parte da concepção do homem como ser responsável, capaz de captar um preceito e cumpri-lo ou infringi-lo, assim, o desconhecimento irremediável do preceito exclui a possibilidade de decisão de acordo ou contrária a ele, e exclui, desta forma, a culpabilidade²⁶. Nesta trilha pode-se afirmar que o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação não atinge a estrutura da tipicidade (quer dolosa, quer culposa), haja vista que o agente conhecia e queria a realização do fato. Mas para que o agente seja considerado como um ser capaz de agir e de responder pelas conseqüências de seus atos (concepção do homem como um ser responsável), deve ter potencial conhecimento da ilicitude²⁷. “Daí ressaí que o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação deve dar lugar apenas à exclusão da culpabilidade (se inevitável) ou à atenuação da pena (se evitável), e não à atipicidade da conduta, visto que o sujeito conhecia e queria a realização do fato, e estava, portanto, mais próximo da aquisição do conhecimento da ilicitude”²⁸.

²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com vários ramos do direito*. 3. ed. reform. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 112.

²⁵ Acolhem a teoria limitada da culpabilidade: TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit. p. 274; FALCONI, Romeu. *Lineamentos de direito penal*. 3. ed. ver. ampl. Atual. São Paulo: Ícone, 2002. p. 207; LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 125-128; JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal: parte geral*. v. 1. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 309; LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral: com observância à nova parte geral do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 150 (importa ressaltar que este autor não deixa claro qual postura toma frente as causas de justificação, apenas deixa a entender que deve-se aplicar o Código, sem ficar com “expedientes práticos”).

²⁶ CERESO MIR, José. La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica. *Problemas fundamentales de derecho penal*. p. 39-59. Madrid: EditorialTecnos, 1982. p. 55.

²⁷ A inclusão da potencial consciência de ilicitude para a complementação do juízo de culpabilidade é impostergável, visto que não se pode emitir um juízo de reprovação em relação ao agente que, ao cometer o fato, não sabia nem tinha a possibilidade de saber o exato significado daquilo que fez (TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit. p. 256).

²⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, op. cit., p. 433-435. Heleno Cláudio Fragoso afirma que o erro quanto à ocorrência de uma causa de justificação (descriminante putativa) é erro de proibição, exemplificando com um erro sobre os pressupostos fáticos, em que o agente mata seu inimigo, achando que este ao colocar a mão no bolso iria matá-lo, porém este estava tirando do bolso a carteira de notas. Afirma que neste caso subsiste o dolo, não concordando com a posição adotada pelo Código Penal de entender como erro de tipo. Argumenta que o agente erra sobre a ilicitude do seu comportamento, sabendo que a conduta era típica. Não é legítima defesa real, mas putativa, e afirma que exclui a culpabilidade por erro de ilicitude (FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit. p. 208). Além destes dois autores, acolhem a teoria estrita da culpabilidade: BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 56; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, op. cit. p. 640-641;

Argumenta ainda a doutrina, a respeito da redação do artigo 20, § 1º, que “Admitir a existência da culpa no erro de tipo permissivo, vencível, onde o agente *prevê e quer* o resultado produzido, constitui uma violência traumática à estrutura e aos conceitos dogmáticos da teoria do delito. Não se pode esquecer que *erro culposo* e *crime culposo* são conceitos completamente distintos”²⁹. Vale recordar que no erro culposo a vontade se dirige à realização de algo proibido, cuja ilicitude poderia ser captada com maior atenção; já no crime culposo, a vontade orienta-se para um fim lícito, sendo defeituosa a sua execução. Neste sentido, tem-se que a discriminante putativa com erro vencível, o resultado é querido (mata para defender-se de uma agressão que imaginou, quer a morte do suposto agressor), já no crime culposo o resultado nunca é querido³⁰. Por isto, o erro culposo podia ter sido evitado, mas o crime permanece íntegro na sua natureza dolosa, é erro sobre a ilicitude.

Assim, acolhe-se esta posição da doutrina, que “o erro de *tipo incriminador inevitável* impede a configuração do *fato típico doloso*, enquanto o *erro de tipo permissivo inevitável*, impede a configuração da *culpabilidade dolosa*”³¹.

Chama-se atenção que ao se adotar a teoria limitada da culpabilidade, com o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação, excluindo o dolo, deve-se ter consciência das suas conseqüências, que são: a) se o erro for invencível, não pode ser considerado um fato ilícito, pois afastou o injusto típico, neste caso a vítima não pode alegar legítima defesa; b) não é punida a participação, mesmo que o partícipe saiba que o autor incorre em erro, visto que a sua punibilidade é afastada pelo princípio da acessoriedade limitada da participação, que exige que a ação principal seja típica e ilícita; c) a tentativa também não seria punida, visto que sua configuração exige a presença do dolo, desta forma, mesmo que o erro fosse vencível, ficaria impune, pois os crimes culposos não admitem tentativa. Todavia, se o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação for considerado erro de proibição, o dolo permanece intacto, não alterando a natureza do delito em questão. “Em outros termos, permitirá a vítima do erro reagir em legítima defesa, possibilitará a punibilidade do partícipe,

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 204-205; MUNHOZ NETO, Alcides, op. cit., p. 112; 119; GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição: e a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação: estudo especial do art. 20§ 1º, do Código Penal*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 85; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 507 (há que se comentar que este autor aponta que as teorias do dolo estão superadas, e demonstra adotar a teoria restrita, mas não se posiciona claramente).

²⁹BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 56. Vide: MUNHOZ NETO, Alcides, op. cit., p. 112-119; GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 150-155.

³⁰ MUNHOZ NETO, Alcides, op. cit., p. 116-117. No mesmo sentido: WELZEL, Hans, op. cit., p. 119.

³¹BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 56.

na medida em que a ação continua típica e ilícita, ainda que o autor não seja culpável, além da possibilidade da punibilidade da tentativa, quando o erro for vencível”³².

1.3 Espécies de erro

Como informado, o Código Penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, e desta forma, cumpre abordar a disposição do tratamento do erro.

Há erro sobre os elementos do tipo (erro de tipo), previsto no artigo 20, *caput*. Hans Welzel definiu: “Erro de tipo é o erro sobre uma circunstância objetiva do tipo legal; exclui o dolo. O autor pode ser punido como responsável pelo fato culposos, se este é sancionado como pena”³³. O erro de tipo pode ser essencial ou acidental, ocorre o primeiro quando recair sobre os elementos essenciais (fáticos ou normativos) do tipo, sem os quais deixa de existir; ou seja, “a desconformidade entre o representado na mente do sujeito e a realidade das coisas vicia o processo e motivação da vontade, orientando-o em uma direção que provavelmente não tomaria, se tivesse por motivo a representação real dos fatos”, falta assim, o dolo; visto que a dúvida conduziria a uma situação de dolo eventual ou de culpa consciente³⁴.

Já o erro acidental alcança os aspectos secundários do delito e não tem relevância para que haja a tipicidade³⁵. O erro de tipo essencial se for inevitável, exclui o dolo, se evitável, responde por culpa. Isto porque, a exclusão do dolo, que é elemento estrutural da ação típica, deixa intacta a culpabilidade, permitindo a configuração do crime culposos, caso haja previsão legal³⁶; ou melhor, no erro de tipo não há dolo, mas persiste a tipicidade objetiva, assim, o erro de tipo leva a atipicidade não por falta do tipo objetivo, mas por carência do tipo subjetivo³⁷.

EXEMPLO: Artigo 270 do Código Penal: “Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo:”. Carla Liliane Waldow Pelegrini aponta que o veneno deve ser bem definido e diz que é “a substância que, ingerida ou absorvida de alguma maneira pelo organismo, cause lesão ou pelo menos distúrbio funcional”. Comenta que há substâncias que para todas as pessoas são utilizadas normalmente sem causar reação, mas há grupos especiais que podem ser prejudiciais à saúde,

³² BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 56.

³³ WELZEL, Hans, op. cit., p. 126.

³⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral, tomo 2º: fato punível*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 120.

³⁵ Exemplo típico: A desejando matar B, mata C, por erro.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 55.

³⁷ LUISI, Luiz, op. cit., p. 112.

funcionando como veneno, como o diabético. Neste caso, explica, pode haver ou não responsabilidade penal, mas não por este artigo. Se o agente desconhece a especial suscetibilidade do sujeito, ou a conhece, mas erra em relação às características do produto, não há responsabilidade penal, subsiste a responsabilidade culposa. Se conhecia, há homicídio³⁸. Embora a autora não mencione expressamente ser erro de tipo, por citar que subsiste a responsabilidade culposa, entende-se ser erro de tipo.

Alerta-se que o erro sobre as circunstâncias que constituem as formas qualificadas do delito, também configuram erro de tipo, visto que se referem aos tipos agravados, mas sua eventual exclusão por erro, não impede a configuração do tipo básico³⁹. Quanto ao erro sobre as circunstâncias agravadoras, sejam as agravantes e causas de aumento de pena, corresponde a erro de tipo essencial, se for escusável, afasta o dolo, inescusável, subsiste a responsabilidade por crime culposos⁴⁰.

EXEMPLO: Artigo 53, inciso II, alínea a, da Lei n. 9.605/98: “Nos crimes previstos nesta Seção, a pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se, II – o crime é cometido: a) no período de queda das sementes. Se o erro incidir sobre o período de queda das sementes, e sendo este inevitável, exclui o dolo.

No artigo 20, § 1º, o Código trata das discriminantes putativas, em que o agente age imaginando que sua conduta é lícita, visto que supõe uma situação que se existisse ela seria legítima – as causas de justificação estão previstas no artigo 23 do Diploma Penal. É o erro de tipo permissivo, que se inevitável, exclui o dolo, e se evitável, responde por delito culposos, caso haja sua previsão legal. E como informado anteriormente, é a teoria limitada que separa o erro de proibição direto e indireto, que no caso é o erro indireto que recai sobre os pressupostos fáticos, que se equipara ao tipo permissivo; o que se entende não ser a melhor opção dentro da teoria finalista pura.

Quanto ao erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição), está previsto no artigo 21 do Código Penal, conceituado por Hans Welzel como “erro sobre a antijuridicidade do fato, como pleno conhecimento da realização do tipo (por conseguinte, com dolo)”⁴¹; consiste em o agente supor erroneamente que atua de forma lícita, ou seja, conforme a norma⁴². O erro de

³⁸ PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. *Tratamento jurídico-penal da saúde pública, especialmente em matéria de fraude alimentar*. fls. 228. Dissertação de mestrado em Direito. Orientação Luiz Regis Prado. Universidade Estadual de Maringá, 2005. p. 115-116.

³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 178. Neste sentido: LUISI, Luiz, op. cit., p. 115.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 101-102.

⁴¹ WELZEL, Hans, op. cit., p. 126.

⁴² Alerta a doutrina que não se pode confundir, também, a ignorância da antijuridicidade da ignorância da lei, esta reside em que no desconhecimento dos dispositivos legais, ao passo que a ignorância da ilicitude é o desconhecimento de que a ação é contrária ao direito (MUNHOZ NETO, Alcides, op. cit., p. 20).

proibição anula a consciência da ilicitude, que é elemento da culpabilidade; e como não há delito sem esta categoria, se o erro for inevitável⁴³, impede a condenação, se evitável, atenua a pena⁴⁴. E novamente, dentro da teoria limitada adotada pelo Código, tem-se o erro de proibição direto e o indireto (erro de permissão).

Aqui cumpre retornar a questão do conhecimento da lei, em que a doutrina alerta que “O direito não pode ser obrigatório para quem o ignore”, ou seja, “Se a norma fosse obrigatória mesmo para os que não a conhecem, não existiria qualquer razão de não aplicá-la ao mentalmente incapaz”⁴⁵. Não se tem mais lugar no Direito Penal atual da culpa presumida, que é a responsabilidade objetiva. “Hoje, sendo inexigível que todos conheçam todas as leis, tem-se que admitir que a falta de consciência da ilicitude, se inevitável, exclua a culpabilidade. (...) Porém, quem agir sem consciência da ilicitude, quando podia e devia ter essa consciência, age com culpa”⁴⁶. Assim, no primeiro caso, há erro de proibição, neste não.

Dessa forma, resumidamente pode-se dizer, que a distinção entre tipo e ilicitude em conexão com a distinção entre erro de tipo e erro de proibição; sendo ambas as formas de erro relevantes para o Direito Penal⁴⁷. Mais especificamente apresenta a seguinte diferença: “a) o erro de tipo afeta o dolo; o de proibição, a compreensão da antijuridicidade; b) o erro de tipo acontece quando, em linguagem comum, ‘o homem não sabe o que faz’, o de proibição, quando ‘sabe o que faz’, mas crê que não é contrário à ordem jurídica; c) o erro de tipo elimina a tipicidade dolosa; o de proibição, pode eliminar a culpabilidade”⁴⁸.

EXEMPLO: segundo Cláudio Brandão: “numa ação de descaminho (...), onde o agente, morador de uma cidade fronteiriça com outro país, traz mercadorias sem pagar os tributos devidos ao Fisco por erro. Se o erro foi provocado porque o agente supunha que não era proibido trazer produtos da cidade circunvizinha, teremos uma conseqüência (exclui-se a culpabilidade, se *in casu*, for inevitável); se for provocado porque o agente desconhecia que o produto era estrangeiro, teremos outra conseqüência (exclui-se o dolo)”⁴⁹.

⁴³O conceito de inevitabilidade do erro de proibição decorre de que em sendo o erro de proibição o resultado de um atuar sem a consciência da ilicitude, será ele escusável na medida em que essa falta de consciência da ilicitude também o for. Isto significa que “conhecidos alguns critérios válidos para a identificação da *evitabilidade* da consciência da ilicitude e, portanto, do erro, chega-se por conclusão, à *inevitabilidade* do erro de proibição, em concreto, a partir do exame das peculiaridades de cada caso concreto” (TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit. p. 270).

⁴⁴BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 55.

⁴⁵NUNHOZ NETO, Alcides, op. cit., p. 63.

⁴⁶BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 61.

⁴⁷TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit. p. 267.

⁴⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, op. cit, p. 492.

⁴⁹BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 186.

Tem-se ainda o erro determinado por terceiro, aplica-se o artigo 20, § 2º (para o agente provocador) e § 1º (para o provocado). E o erro de tipo acidental, que corresponde ao erro sobre a pessoa (erro acidental), em que não afasta a pena e se aplica às qualidades e condições da pessoa que seria a vítima visada pelo agente; erro na execução (*aberratio ictus*), há um desvio quanto aos meios de execução, previsto no artigo 73, e por fim, o erro de delito (*aberratio delicti*), há um desvio do delito, ocorre um resultado diverso do pretendido, atingido bem jurídico de outra espécie, conforme estabelece o artigo 74. O erro acidental incide sobre elementos secundários ou acessórios do tipo, não alterando a sua existência, como informa supra, e assim, não exime o agente de responsabilidade.

No crime putativo, em que o autor pratica acreditando que esteja cometendo um crime, mas no fundo, não passa de um erro, que não preenche o tipo penal, razão por que permanece impune⁵⁰. Como seduzir mulher maior de 18 anos, julgando-a de menoridade, há crime impossível dada a falta de impossibilidade de consumação pela inexistência do objeto⁵¹. Porém, alerta a doutrina que não se deve confundir crime impossível com delito putativo, visto “este último consiste na prática de uma conduta que o autor acredita ser, erroneamente, típica”, na verdade a conduta é atípica; “exemplo: o agente que pensa que o fato de subtrair coisa alheia móvel para fins de uso e pronta restituição caracteriza o delito de furto”; já haverá delito impossível “quando a ação dirigida à realidade de um tipo penal não pode, por razões objetivo-reais ou jurídicas, alcançar a consumação, quer devido à idoneidade do meio, quer devido à impropriedade do objeto”⁵², como exemplo de impropriedade absoluta do objeto o agente toma alguém morto como vivo e dispara nele; prática de aborto em mulher não grávida; como exemplo de ineficácia absoluta do meio, arma de brinquedo, munição de festim.

Assim, no crime impossível (tentativa inidônea), é denominada de *erro de tipo ao inverso*: “aceita-se por erro a existência de uma ausente característica objetiva de tipo, que na realidade não ocorre”; já no delito putativo, há o *erro de proibição ao inverso*: “o agente acredita falsamente que seu comportamento viola uma norma proibitiva, que na realidade inexistente”⁵³.

2 ERRO SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS NOS DELITOS SUPRAINDIVIDUAIS

⁵⁰ ROSA, Antonio José Miguel Feu, op. cit., p. 163. Vide: JESUS, Damásio Evangelista, op. cit., p. 312.

⁵¹ ROSA, Antonio José Miguel Feu, op. cit., p. 163.

⁵² PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op. cit., p. 461-462.

⁵³ PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op. cit., p. 462.

O erro de tipo corresponde a todo erro que recai sobre circunstâncias que constitua elemento essencial do tipo legal, não importando se essa circunstância sobre que recai o erro seja fático-descritiva ou jurídico-normativa. Já o erro de proibição não está situado entre os elementos do tipo legal, mas na ilicitude, ou seja, na relação de contrariedade entre a conduta e o ordenamento jurídico⁵⁴.

“O agente só pratica, dolosamente, a conduta típica quando tenha a representação e vontade abrangentes de todos os elementos constitutivos do tipo, inclusive os normativos”⁵⁵. Tem-se que os elementos normativos são aqueles dados constantes na estrutura típica em que para compreendê-los não basta simplesmente conhecê-los, faz-se necessário desenvolver uma atividade valorativa; sendo que sobre estes elementos normativos, por serem integrantes do tipo, pode incidir o erro de tipo⁵⁶.

Há em grande profusão nos delitos supraindividuais o uso de elementos normativos no tipo. Tal utilização pode decorrer do fato de que o elemento normativo, como ensina a doutrina, “(...) é o que possibilita a mudança no conteúdo do tipo, porque vincula o seu dito conteúdo à interpretação valorativa, que é determinada pelo julgador, de acordo com a cultura da época”. Desta forma, “na aplicação do elemento normativo do tipo, a norma costumeira, que revela a cultura de uma época, determinará o conteúdo do dito elemento”⁵⁷. O erro sobre o elemento normativo, como dito acima, é erro de tipo, visto que não age com dolo⁵⁸, esta posição é mantida pela doutrina atual.

EXEMPLO 1: Art. 1º da Lei 8.137/90 prescreve: “Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:”. As expressões “tributo, contribuição social e qualquer acessório” são elementos normativos do tipo de valoração jurídica⁵⁹.

EXEMPLO 2: Neste mesmo dispositivo, artigo 1º, no inciso III estabelece: “falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, em qualquer outro documentos relativo à operação tributável”. Como elementos normativos jurídicos, tem-se: nota fiscal, duplicata, fatura, nota de venda⁶⁰.

EXEMPLO 3: Art. 4º, inciso IV, da Lei 8.137/90 prescreve: “Constitui crime contra a ordem econômica: açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de

⁵⁴ TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit. p. 279-280.

⁵⁵ LOPES, Jair Leonardo, op. cit., p. 124.

⁵⁶ LUISI, Luiz, op. cit., p. 112-113.

⁵⁷ BRANDÃO, Cláudio, op. cit., p. 117.

⁵⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 169. No mesmo sentido, dentre outros: GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 106; LUISI, Luiz, op. cit., p. 113.

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 412.

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis, *Direito penal econômico*, op. cit., p. 417-418.

consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência”. Como elemento normativo de valoração extrajurídica, de ordem econômica, tem-se: “bens de produção”; “bens de consumo”⁶¹.

EXEMPLO 5: Art. 65, da Lei nº 8.078/1990: “Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente”. Como elemento normativo extrajurídico: “alto grau de periculosidade”⁶².

O denominado “erro de direito extrapenal” que resulta da valoração extrapenal de elementos normativos, a melhor doutrina ensina que não há razão para distinguir entre erro de Direito Penal e extrapenal, visto que “Desde o momento em que o Direito Penal se serve de um conceito originário de outro ramo de direito para especificar uma das características do fato típico, dito conceito, formalmente, assume a natureza do dispositivo que veio a integrar (...) Na função integradora, assume a natureza da norma integrada”⁶³. O que se deve distinguir são os elementos jurídico-normativos do tipo e elementos jurídico-normativos da ilicitude⁶⁴. Desta forma, “São elementos jurídico-normativos do tipo os conceitos que se constituem em circunstâncias do fato criminoso”⁶⁵, como as acima mencionados; e “São elementos jurídico-normativos da ilicitude os que acentuam o desvalor da conduta. (...) Embora incorporadas à descrição legal, estas referências à antijuridicidade não são circunstâncias constitutivas do fato típico; apenas ressaltam, desnecessariamente, a ilicitude (...)”⁶⁶: São as expressões “sem licença da autoridade”, “indevidamente”, “em desacordo com a obtida, entre outras”⁶⁷. Cumpre, todavia, questionar esta postura, que encontra na doutrina resistência e também ressonância.

A princípio, importa pontuar que estas expressões presentes no tipo tratam-se de outro recurso de constante uso pelo legislador nos delitos supraindividuais e corresponde à presença do elemento normativo jurídico do tipo, referente a uma causa de justificação. Ensina Luiz Regis Prado: “Há, ainda, certas expressões presentes nas figuras delitivas que são elementos normativos com referência *específica* à possível concorrência de uma *causa de justificação*.”

⁶¹ PRADO, Luiz Regis, *Direito penal econômico*, op. cit., p. 51.

⁶² PRADO, Luiz Regis, *Direito penal econômico*, op. cit., p. 118.

⁶³ MUNHOZ NETO, Alcides, op. cit., p. 132.

⁶⁴ A respeito da diferença dos elementos normativos do tipo e elementos normativos da ilicitude, vide também: BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 62.

⁶⁵ MUNHOZ NETO, Alcides, op. cit., p. 133.

⁶⁶ MUNHOZ NETO, Alcides, op. cit., p. 133.

⁶⁷ Sérgio de Oliveria Médici defende que em razão dessas expressões serem bastante semelhantes, propõe uma padronização de expressão que facilite a melhor interpretação do tipo normativo. (MÉDICI, Sérgio de Oliveria. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 111).

Estão presentes no tipo, embora digam respeito à antijuridicidade. Sua ausência torna a conduta não só típica como permitida”⁶⁸.

EXEMPLO 1: art. 56, *caput*, da Lei nº 9.605/1998: “Produzir, processar, (...) ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos”. O elemento normativo referente a uma causa de justificação é: “em desacordo com as exigências estabelecidas”⁶⁹.

EXEMPLO 2: art. 29 da Lei nº 9.605/1998 que dispõe: “Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”. O elemento normativo referente a uma causa de justificação é: “sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”⁷⁰.

Há autores que entendem que tais elementos são denominados de “elementos jurídicos normativos da ilicitude”, e que se referem à antijuridicidade, embora presentes na descrição do delito, mas não são elementos constitutivos do fato típico⁷¹, são, portanto, um erro de proibição. Já o erro sobre os elementos jurídico-normativos do tipo é erro de tipo, visto que corresponde a erro sobre a circunstância constitutiva do delito.

Hans Welzel afirma que “É indiferente o lugar da lei em que se encontra regulamentada uma causa de justificação. Ainda que a legítima defesa estivesse incluída no art. 212 (...), a permissão da autoridade competente não é circunstância do tipo, mas uma causa de justificação (ainda que esteja mencionado na mesma disposição legal) (...) A permissão da autoridade não elimina esse perigo, etc., mas exclui – por determinadas razões – sua antijuridicidade”. Mais adiante, afirma que embora prevista na lei, não se converte em circunstância do tipo, mas continua sendo uma valoração do tipo, e o erro sobre elas é erro de proibição⁷².

A respeito do elemento normativo referente a uma causa de justificação, Maria Auxiliadora Minhaim faz uma relevância expressa da sua importância para a figura do artigo 24 da Lei n. 11.105/2005⁷³, o qual menciona que utilizar embrião humano *em desacordo* com o que dispõe o artigo 5º, da mesma Lei, expõe que “(...) trata-se de crime cujo elemento

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op. cit., p. 349.

⁶⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança* (com a análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 428.

⁷⁰ PRADO, Luiz Regis, *Direito penal do ambiente*, op. cit., p. 231.

⁷¹ LUISI, Luiz, op. cit., p. 113-114. Na mesma linha: COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 787; NORONHA, Edgar Magalhães, op. cit., p. 134-135; MUNHOZ NETO, Alcides, op. cit., p. 134.

⁷² WELZEL, Hans, op. cit., p. 62, comentário; 128.

⁷³ “Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei”.

normativo tem um papel preponderante na configuração da ilicitude” E mais adiante vai afirmar que a conduta será lícita se utilizar certas condições⁷⁴. Assim, embora a autora não trate da questão do erro, pode-se entender que a mesma considera que o elemento normativo “em desacordo” tem referência com a ilicitude, e portanto, o erro sobre o mesmo é erro de proibição.

Todavia, esta não é a posição do Luiz Regis Prado. Referente a este artigo 24, o mesmo é claro ao dizer que se trata “o termo ‘em desacordo’ de um elemento normativo jurídico do tipo de injusto, concernente à ausência de uma causa de justificação que, presente, torna a conduta atípica e ilícita. É uma norma penal em branco”⁷⁵.

Assim, em sentido contrário dos que trataram o erro sobre os elementos normativos do tipo referente a uma causa de justificação como erro de proibição, há quem defenda tanto estes como o erro nos elementos normativos, ambos corresponde a erro de tipo, por pertencerem ao tipo, sendo que primeiro deve-se solucionar no tipo, antes de qualquer outra categoria; assim, é erro excludente de dolo nos dois pontos⁷⁶. Também sob esta argumentação Cezar Roberto Bitencourt contesta Welzel e diz que aceitá-lo seria aceitar a violação do caráter “fechado” da tipicidade, a qual deve abranger todos os elementos da conduta proibida; defende assim, que deve ser tratado como erro de tipo, pois havendo a coincidência entre erro de tipo e erro de proibição, primeiro deve ser resolvido o problema do erro de tipo, pelo caráter seqüencial das categorias delitivas⁷⁷.

Nesta linha também, para Heleno Cláudio Fragoso ensina que as expressões constantes no tipo com o “indevidamente”, “sem justa causa”, “sem permissão legal”, entre outras, são referências à ilicitude. Entende que o erro sobre os elementos de fato que constituem a ação indevida, sem permissão legal é erro de tipo, já o erro sobre a existência de norma que estabelece essas características do tipo, é erro de proibição; conforme prescreve o artigo 21 do Código Penal⁷⁸.

Posiciona-se no sentido da corrente de que o erro sobre o elemento normativo do tipo com referência a uma causa de justificação, corresponde a erro de tipo, por pertencer ao tipo, embora faça referência à possível licitude da conduta. Todavia, como para a configuração do

⁷⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 162; 166.

⁷⁵ PRADO, Luiz Regis, *Direito penal do ambiente*, op. cit., p. 578.

⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 106.

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 63

⁷⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., p. 209-210. Há que comentar que embora o autor se posicione favorável a teoria restrita da culpabilidade, o mesmo ao explicar o erro nos elementos normativos que fazem referência a uma causa de justificação, adota a postura do Código Penal, ou seja, a teoria limitada.

delito há uma seqüência lógica a ser seguida, entende-se que primeiro analisa-se o tipo e nele há estes elementos, portanto, erro de tipo.

3 ERRO SOBRE A NORMA PENAL EM BRANCO NOS DELITOS SUPRAINDIVIDUAIS

Também nos delitos supraindividuais tem-se o uso comum do emprego da técnica legislativa da norma penal em branco. A razão do emprego desta técnica radica fundamentalmente em que ao estabelecer um marco de proibição penal deve ser tida em conta a necessidade da regulação e circunstâncias alternantes no espaço e no tempo⁷⁹; como corre na tutela destes bens jurídicos.

EXEMPLO 1: Art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/90 prescreve: “Constitui crime contra a ordem tributária (...) Fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal”. A presença da norma penal em branco decorre da referência a “documento ou livro exigido pela lei fiscal”, pois para a complementação da conduta punível precisa-se recorrer à legislação tributária federal⁸⁰.

A questão consiste em saber se o erro que incide sobre o complemento da norma penal em branco é erro de tipo ou erro de proibição.

Luiz Regis Prado leciona que a norma penal em branco tem seu preceito “(...) formulado de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser colmatado por ato normativo (legislativo ou administrativo), em regra, de cunho extrapenal. Este último pertence, para todos os efeitos, à lei penal”.⁸¹ Desta forma, a norma integradora, ainda que extrapenal, assume a natureza da norma integrada. Tal integração é requisito para a ocorrência da conduta típica, e se há erro quanto aos elementos integradores, tem-se erro de tipo.

Hans Welzel posicionou-se no sentido de que nas leis penais em branco, vigora as regras gerais por ele proposta sobre erro de tipo e erro de proibição, ou seja, “o erro sobre uma

⁷⁹TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 10 n. 37. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 73-97, jan.-mar. 2002. p. 75. Luiz Regis Prado também defende o uso da técnica da norma penal em branco por se tornar mais fácil a necessária coordenação entre as normas penais e as disposições administrativas. (PRADO, Luiz Regis, *Direito penal do ambiente*, op. cit., p. 93).

⁸⁰ PRADO, Luiz Regis, *Direito penal econômico*, op. cit., p. 417.

⁸¹ PRADO, Luiz Regis, *Direito penal do ambiente*, op. cit., p. 93.

circunstância do tipo (complementar) é um erro de tipo; o erro sobre a norma complementar, como tal, é um erro de proibição”⁸².

Para Heleno Cláudio Fragoso “O erro sobre o *conteúdo* do complemento das leis penais em branco é *erro de tipo* e exclui o dolo. Todavia, o erro sobre a existência desse complemento é *erro de proibição*, relevante para excluir a culpabilidade, pois é erro de direito extrapenal”⁸³.

Luiz Luisi menciona que o erro referente a qualquer aspecto da norma complementar da lei penal em branco, constitui erro de tipo, visto que esta passa a incorporar-se no tipo penal, portanto, são elementos do tipo penal⁸⁴. E exemplifica, com o artigo 2º, inciso VI, da Lei n. 1521/1951, quando diz que “transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias”, embora as tabelas oficiais estejam contidas em dispositivos extrapenais e serem variáveis, uma vez integrante da norma penal incriminadora, adquirem conotação penal, e se constituem em elementos do tipo penal, sendo o erro sobre as mesmas, erro de tipo. Todavia, se o erro incidir sobre a própria existência da norma complementar (não um erro relativo a um elemento desta norma), enseja erro de proibição⁸⁵.

Dentro da questão dos delitos econômicos, a questão do erro e das normas penais em branco já foi objeto de discussão da XIX Jornadas Latinoamericanas de Direito Tributário, em Lisboa, no ano de 1998, em que concluiu que a conduta imersa em erro, a respeito da aplicação das normas fiscais, exclui o elemento subjetivo do delito. Entende parte da doutrina estrangeira, ante a grande polêmica do tema, que a complementação da norma tributária e atendendo ao recurso legislativo da norma penal em branco, o erro sobre a obrigação tributária pode ser considerado um erro de tipo, ou até uma informação errada pode levar a um erro de tipo; todavia, o erro sobre o desconhecimento do direito, visto que as leis tributárias são extrapenais e que tem como característica própria a mutação e suas constates contradições, é erro de proibição⁸⁶.

⁸²WELZEL, Hans, op. cit., p. 129.

⁸³Heleno Cláudio Fragoso, op. cit., p. 209-210. No mesmo sentido: JESUS, Damásio Evangelista, op. cit., p. 491; MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 171.

⁸⁴ Klaus Tiedemann ensina que é procedente ler de forma conjunta os tipos em branco com seus respectivas normas complementares, pois mediante esta leitura conjunta o tipo penal não permite advertir referencia alguma a norma extrapenais, de maneira que tudo é tipo penal. TIEDEMANN, Klaus, op. cit., p. 91.

⁸⁵LUISI, Luiz, op. cit., p. 116. Álvaro Mayrink da Costa admite que pode haver erro quanto à norma a que envia a lei, entendendo como escusante, porém não se posiciona que tipo de erro (COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 493).

⁸⁶ RESTUCCIA, Dardo Preza; ADRIASOLA, Gabriel; PABLO, Galain Palermo. *Delitos económicos*. Uruguay-Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2004. p. 120-122. Vide também: BALARCE, Fabián I. *Derecho penal económico: parte general*. Argentina: Editora Mediterránea, 2003. p. 146.; TIEDEMANN, Klaus, op. cit., p. 88-96.

Ante as posições apontadas, fica claro que o erro que incide sobre os elementos, conteúdo, do complemento das leis penais em branco é erro de tipo e exclui o dolo; mas o erro sobre a existência desse complemento, da norma complementar, é erro de proibição, relevante para excluir a culpabilidade.

EXEMPLO 1: Art. 65, da Lei nº 8.078/1990: “Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente”. Como já informado, alto grau de periculosidade é elemento normativo, porém “contrariando determinação de autoridade competente”, indica norma penal em branco, que “depende de sua integração de ato normativo que explica o conteúdo da ordem emanada da autoridade legal competente para sua fixação”⁸⁷. Assim, se o agente erra sobre o conteúdo da autorização, é erro de tipo, se erra por não saber da existência da determinação, por exemplo, cumpria uma determinação anterior, que foi recentemente revogada, é erro de proibição.

EXEMPLO 2: Art. 56, *caput*, da Lei nº 9.605/1998: “Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, tem em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos”. Além do elemento normativo já apontado (em desacordo), também corresponde a uma norma penal em branco, pois seu conteúdo necessita ser complementado por outros dispositivos legais, seja leis, regulamentos⁸⁸. Assim, este dispositivo traz uma situação interessante, por comportar no mesmo tipo penal a norma penal em branco e a elementos normativos do tipo com referência a uma possível causa de justificação: “em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos”⁸⁹. Surge a indagação: e se o erro incidir sobre esse elemento normativo e ao mesmo tempo na norma penal em branco, haverá erro de tipo ou de proibição?

Antes de adentrar na resposta, cumpre apontar mais um exemplo.

EXEMPLO 2: Artigo 27 da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) traz a primeira hipótese de incriminação e preconiza o seguinte: “Art.27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização”. Ensina Denise Hammerschmit que trata-se de delicto penal em branco: “depende, para sua complementação ou integração, de outro dispositivo legal– no caso, as normas prescritas pela referida comissão ou outros órgãos competentes”, bem como a

⁸⁷ PRADO, Luiz Regis, *Direito penal econômico*, op. cit., p. 118.

⁸⁸ PRADO, Luiz Regis, *Direito penal do ambiente*, op. cit., p. 428.

⁸⁹ Outro exemplo é o artigo 54, § 2º, V da Lei nº 9.605/1998.

expressão “em desacordo” é elemento normativo jurídico que se refere à ausência de justificante, que, presente, torna a ação atípica e lícita. E ainda, a expressão “órgãos e entidades de registro e fiscalização” se trata de elemento normativo jurídico (art.3º, XVI, do Dec. 5591/2005). Alerta sobre a dificuldade existente para a configuração ou não do delito, diante de um “emaranhado de competências, órgãos, resoluções e decisões”. Nesse contexto, conclui que “Assim, segundo essa órbita, na hipótese de que sejam liberados ou descartados OGMs sem que as determinações da CTNBio sejam cumpridas, o sujeito passivo poderá ser denunciado, processado e condenado por incorrer na conduta incriminadora disposta no artigo 27 da Lei de Biossegurança, e também pelos danos subseqüentes”. E continua, “dessa maneira, responderiam criminalmente todas as pessoas físicas que houvesse participado diretamente do ato deliberativo, por presumivelmente conhecerem a legislação de biossegurança (art.21, 1ª parte, do CP)”. Porém, “para os executores (plantadores, ceifeiros, etc), leigos completos, porque a biossegurança não é um bem jurídico profano, seria mais justo se reconhecer o *erro de proibição*, por falta de potencial consciente da ilicitude, escusável ou não, conforme as circunstâncias (art.21, 2ª parte, do CP)”⁹⁰.

Dentro das lições de Luiz Regis Prado, acima mencionadas, a norma integradora passa a ter a mesma natureza da norma integrada, passando os elementos integradores a fazer parte da estrutura do tipo, o erro sobre estes dará ensejo ao erro de tipo. Não se admite que o erro sobre um mesmo elemento enseja, concomitantemente, erro de tipo e erro de proibição. Assim, dentro da questão que primeiro deve-se resolver a estrutura do tipo e considerado o elemento normativo como elemento que compõe a figura típica, haverá erro de tipo. Esta é a posição adotada.

Outra ponderação a ser feita, é quanto à norma penal em branco ao inverso, que ocorre quando a sanção não vem fixada no mesmo tipo legal; ou seja, “(...) se encontra prevista tão-somente a hipótese fática (preceito incriminador), sendo que a conseqüência jurídica localiza-se em outro dispositivo da própria lei ou em diferente texto legal”⁹¹.

EXEMPLO: Art. 1º da Lei n. 2.889/56, crime de genocídio: “Quem, com a intenção de destruir no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religiosos, como tal: a) matar membros do grupo; (...) Será punido: com penas do art. 121, § 2º do Código Penal, no caso da letra ‘a’;”.

⁹⁰HAMMERSCHMIDT, Denise. *Proteção jurídico-penal dos organismos geneticamente modificados na Lei de Biossegurança brasileira*. fls. 304. Dissertação de Mestrado em Direito. Orientação Luiz Regis Prado. Universidade Estadual Maringá, 2005. p.186–p.189.

⁹¹ PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op. cit., p. 175.

Embora não se tenha encontrado na doutrina pesquisada um posicionamento a respeito, entende-se que o erro sobre a norma penal em branco ao inverso é erro sobre a punibilidade do fato⁹², sendo este considerado pela doutrina como ignorância da lei e, portanto, inescusável, salvo em casos excepcionais.

4 DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS NOS DELITOS SUPRAINDIVIDUAIS

Os delitos omissivos impróprios⁹³, também chamados de delitos comissivos por omissão, têm relevância na questão de delitos metaindividuais, visto que o sujeito ativo de tais delitos é aquele que tem o dever jurídico de agir (posição de garante⁹⁴), ou seja, o delito apenas se configura quando quem tem o dever legal de impedir o resultado não faz a ação devida e esperada e o resultado ocorre por não ter sido impedido⁹⁵.

Há posição de garantidor na responsabilidade pelas fontes de produção de perigo, visto que quem detém as fontes produtoras de perigo, tem a obrigação de evitar os resultados lesivos delas decorrentes⁹⁶. EXEMPLO: Juarez Tavares exemplifica com o crime de facilitação de contrabando ou descaminho⁹⁷, em que o núcleo é facilitar, proíbe a ação de facilitar e ao mesmo tempo determina a ação de impedir a realização do contrabando ou descaminho, que seria o resultado da facilitação. Com o sujeito está subordinado a um dever especial de proteção, ele é garantidor do bem jurídico protegido⁹⁸.

Entende a doutrina que o erro concernente à posição de garantidor é erro de tipo, pois se o agente não sabe essa sua posição, ou tem dela uma errada representação, bem como por ser

⁹² Como anteriormente mencionado, Francisco de Assis Toledo ensina que o erro sobre a punibilidade do fato consiste em saber que faz algo proibido, mas supõe inexistir pena criminal (TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit., p. 271).

⁹³ Juarez Tavares conceitua os crimes omissivos impróprios como: “(...) são crimes de omissão qualificada porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. (...) a posição de garantidor é característica específica dos crimes omissivos impróprios, daí dizer-se que a omissão, no caso, é qualificada. A omissão é qualificada, porque tem alguma coisa além da omissão requerida nos crimes omissivos próprios”. E afirma que o dever de impedir o resultado sustenta a posição de garantidor (TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996. p. 65; 70).

⁹⁴ O artigo 13, § 2º, do Código Penal brasileiro, em suas alíneas estabelece a quem incumbe o dever de agir.

⁹⁵ LUISI, Luiz, op. cit., p. 114.

⁹⁶ TAVARES, Juarez, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, op. cit., p. 69.

⁹⁷ Previsto no artigo 318 do Código Penal: “Facilitar, com infração do dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334). Luiz Regis Prado classifica este delito como especial próprio, em que o sujeito ativo é apenas o funcionário público que detém a função de impedir a prática do contrabando ou descaminho (PRADO, Luiz Regis, *Comentários ao código penal*, op. cit., p. 858).

⁹⁸ TAVARES, Juarez, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, op. cit., p. 74.

o sujeito ativo um dado da estrutura típica, o erro de tipo pode se configurar⁹⁹. Há exclusão do dolo porque o agente desconhecia sua posição de garante¹⁰⁰.

Porém, o erro sobre o dever de atuar entende a doutrina como erro de proibição, por haver um desconhecimento do dever jurídico¹⁰¹. O erro sobre o dever de atuar é denominado também de erro de mandamento, neste sentido ensina a doutrina que nos crimes omissivos, o omitente viola norma que manda, impõe um dever de agir, assim, o erro que incide sobre a existência deste dever constitui, pois, erro de mandamento¹⁰². Isto se explica porque “(...) a violação do dever de garantia nada mais é que a própria ilicitude da comissão por omissão, pelo que também a falta de consciência daquele dever é aqui, ela própria, a falta de consciência da ilicitude (outro tanto sucedendo aliás com o dever de agir nos crimes de omissão pura)”¹⁰³.

Juarez Tavares ensina que o erro sobre a posição de garantidor é erro de tipo¹⁰⁴, que exclui o dolo; já o erro sobre o dever de garantidor, é erro de proibição e exclui a culpabilidade se inevitável¹⁰⁵.

EXEMPLO 1: Art. 68, da Lei n. 9605/98, estabelece: “Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação relevante interesse ambiental”. Este dispositivo visa proteger a administração pública, particularmente o correto exercício da função administrativa, e o ambiente. Assim, o sujeito ativo é a apenas quem tem o dever legal

⁹⁹ LUISI, Luiz, op. cit., p. 114.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 59. Tem-se que o conhecimento da posição de garante não refere-se a norma legal ou contratual que imponha ao omitente o especial dever de proteção, basta que conheça a relação fática que lhe dá substrato (relação de parentesco, profissional, especial de proteção, etc.). (TAVARES, Juarez, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, op. cit., p. 97).

¹⁰¹ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., p. 783.

¹⁰² BIERRENBACH, Sheila A.. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal brasileiro*. 2. ed. rev. Atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 115.

¹⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 510.

¹⁰⁴ Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias que o erro de tipo ocorre porque incide sobre os pressupostos materiais da valoração moral ou social através da qual se fixa em concreto o dever de garantia (posição de garante do agente). Aqui a falta de conhecimento da situação não permite ao agente que ponha corretamente a questão do desvalor moral ou social da não-intervenção, por isso tal erro exclui o dolo (DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 510).

¹⁰⁵ TAVARES, Juarez, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, op. cit., p. 99. Com o mesmo entendimento Sheila Bierrenbach, a qual demonstra a diferença com o seguinte exemplo: “o tutor que desconhece estar obrigado a arriscar a própria vida para salvar a do pupilo. Erra, portanto, acerca do *dever de agir* decorrente da posição de garantia. Verifica-se que tal hipótese difere daquela outra em que o sujeito omite salvar a criança, desconhecendo que é seu pai, o que constitui *erro sobre a própria posição de garantia. Erro de tipo, pois*”; afirma que o erro sobre a situação fática; sobre a capacidade de agir e a posição de garante corresponde a exclusão do dolo, sendo erro de tipo (BIERRENBACH, Sheila, op. cit., p.114-115). Em igual postura, como erro mandamental corresponde à falta de consciência da ilicitude: BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 72-73; TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit., p. 270; WELZEL, Hans, op. cit., p. 128; BRANDÃO, Cláudio, *Teoria Jurídica do Crime*, op. cit., p. 208.

ou contratual de cumprir a obrigação, trata-se, portanto, de um delito omissivo impróprio¹⁰⁶. Assim, se o sujeito ativo errar sobre a sua posição de garante, ou seja, desconhecia sua posição de garante, tem-se erro de tipo (exclui o dolo, mas pode responder por delito culposos, ante a previsão deste no parágrafo único); porém, se o agente errar sobre o dever de atuar, seja por desconhecer a lei (funcionário público), seja por desconhecer o esse dever advindo do contrato celebra entre o particular e o Poder Público, o erro está incidindo sobre a existência deste dever, é erro de mandato, de proibição e exclui a culpabilidade se inevitável.

EXEMPLO 2: Art. 54, § 3º da Lei n. 9605/98: “Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”. Trata-se de um delito omissivo impróprio¹⁰⁷. Ressalta-se que figura do *caput* do artigo 54 tutela os crimes de poluição de qualquer natureza. Se o sujeito omitente não souber da sua posição de garante de proteção ao ambiente e a saúde pública, erra na sua qualidade de garantidor, é erro de tipo; se souber que tem que proteger, mas não sabia que devia adotar determinada medida exigida pela autoridade competente, é erro de proibição.

5 ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS E CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE E ERRO

As escusas absolutórias são “causas pessoais de isenção de pena, embora configurado o delito em todos os seus elementos constitutivos, impedem a imposição da pena abstratamente cominada”¹⁰⁸. Elas não afetam o delito, por não operarem sobre as suas categorias, atuam exclusivamente sobre a punibilidade¹⁰⁹. O erro sobre as escusas absolutórias é irrelevante, visto que elas se realizam objetivamente, sem que se tenha apagado o traço da criminalidade¹¹⁰. Luiz Regis Prado afirma esta irrelevância e exemplifica: “o filho que destrói objeto pertencente aos pais (art. 163, *caput*, CP) é isento de pena, ainda que desconheça tal

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis, *Direito penal do ambiente*, op. cit., p. 538-539.

¹⁰⁷ PRADO, Luiz Regis, *Direito penal do ambiente*, op. cit., p. 420.

¹⁰⁸ PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, op. cit., p. 717.

¹⁰⁹ CARVALHO, Érika Mendes de. Punibilidade e fins da pena. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, a. 02, p. 123-146, jul.-dez, 2005. p. 129. José Frederico Marques afirma que é elemento extrínseco ao delito, ligado à sanção (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. II. Campinas: Bookseller, 1997. p. 35).

¹¹⁰ FERRO, Ana Luiza Almeida. *Escusas absolutórias no direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 30.

circunstância. De outro lado, também estará isento de pena, se o agente que supõe, por erro de proibição inevitável, pertencer o objeto danificado a seus pais (art. 21, CP)¹¹¹.

No mesmo sentido o erro sobre as condições objetivas de punibilidade, é irrelevante para a configuração do delito, visto que “(...) atuam objetivamente, ou seja, não se encontram abarcadas pelo dolo ou pela culpa. São condições exteriores à ação e à omissão e dela depende a punibilidade do delito, por razões de política criminal (oportunidade, conveniência)”¹¹². Estas condições, como dito, são irrelevantes para o delito, todavia, ele somente será punido, nem sequer na forma de tentativa, enquanto não se verificar as mesmas.

EXEMPLO: Art. 180 da Nova Lei de Falência prevê que: “A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o artigo 63, é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei”.

EXEMPLO: Artigo 91, da Lei de Licitação: “patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário”. É a denominada advocacia administrativa, o tipo traz na sua tipificação uma condição objetiva de punibilidade: “cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário”¹¹³. O crime se consuma sem a necessidade da decretação judicial de invalidade, visto que a condição objetiva de punibilidade não é elemento do delito, mas condição de punibilidade, de aplicação da sanção penal. Para efeito de sua aplicação, entende-se que a decisão judicial (seja declaratória, constitutiva ou condenatória) deve ser transitada em julgado, não se configurando a decisão administrativa.

¹¹¹ PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, a. 89, v. 776, p. 440-452. jun. 2000. p. 450.

¹¹² PRADO, Luiz Regis, Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa, op. cit., p. 444.

¹¹³ GASPARINI, Diógenes. *Crimes na licitação*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora NDJ, 2004. p. 110. Na mesma posição: MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. atual. Eurico de Andrade Azevedo; Célia Marisa Prendes. São Paulo Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 150; CAVALINI, José Valdecir. *Tutela penal das licitações e contratos administrativos*. fls. 162. Dissertação de Mestrado em Direito. Orientação Dr. Luiz Regis Prado. Universidade Estadual de Maringá, 2001. p. 103. Não concordando, mas entendendo como elemento do tipo, visto que não ocorrendo a invalidação, o agente responderá pelo crime de advocacia administrativa do artigo 321 do Diploma Penal, vide: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 847; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 32; PINHEIRO, Gisele Glozer. Crimes tipificados na lei de licitações: breves comentários. *Boletim de licitações e contratos*, São Paulo: BCL, a. 10, n. 10, p. 492- 501, out. 1997. p. 495; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 631; CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas: comentários à nova lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 355. E como elemento normativo elementar e condicionante: STOCO, Rui. *Leis especiais e sua interpretação jurisprudencial*. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coord.). 7. ed. rev. atual. ampl., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 24.

6 CONCLUSÕES

Do estudo realizado verifica-se que embora a doutrina aborde a questão do erro de tipo e erro de proibição, foram poucos os autores que adentram em questões mais específicas a respeito do erro em algumas técnicas utilizadas, constantemente, pelo legislador, em se tratando de delitos supraindividuais, como a norma penal em branco (e esta ao inverso), elemento normativo com referência a uma causa de justificação, e ainda, na omissão imprópria. Inclusive nas dissertações de mestrado pesquisadas, raras foram a que mencionaram o tema e abordaram em dispositivo específico de delitos metaindividuais.

Não se descobriram dificuldades a respeito do erro de tipo em elementos descritivos ou normativos; o erro sobre estes, dá causa ao erro de tipo, o qual tem o condão de excluir o dolo, restando a responsabilidade culposa. No mesmo sentido o erro de proibição, quando incide sobre a potencial consciência da ilicitude, afasta a culpabilidade se inevitável, e se evitável, atenua a pena.

Mas começam as dificuldades. A primeira apontada foi à questão da discriminante putativa (erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação), denominada de erro de proibição indireto teoria limitada da culpabilidade e adotada pelo legislador. Todavia, não se comunga com tal postura, entendendo que neste caso o dolo permanece intacto, o que se exclui é a potencial consciência da licitude, ou seja, é erro de proibição.

Referente aos elementos normativos do tipo que fazem referência à possível causa de justificação, há divergência doutrina, sendo que parte da doutrina entende ser erro de proibição e outra, erro de tipo. Acolhe-se a postura de ser erro de tipo, visto que está inserido no tipo e primeiro deve ser analisado o tipo para avançar para as demais categorias seguintes.

Quanto às leis penais em branco, não se encontrou muita divergência dentro da pouca doutrina que trata a respeito. O erro sobre a norma integradora pode dar causa ao erro de tipo, quando o agente tem a falsa percepção do elemento integrativo; ou ao erro de proibição, quando o agente acredita que sua conduta não contraria o direito, apesar de ter agido com dolo. A questão levantada, referente à incidência na mesma disposição de elemento normativo do tipo que faz referência a uma possível causa de exclusão e norma penal em branco, entende-se que primeiro deve-se resolver a estrutura do tipo e considerado o elemento normativo como elemento que compõe a figura típica, haverá erro de tipo. Esta é a posição adotada.

E ainda sobre a norma penal em branco, abordou-se a norma penal em branco ao inverso, e apesar não ter sido encontrado na doutrina pesquisada um posicionamento a este respeito, entende-se que o erro sobre a norma penal em branco ao inverso é erro sobre a punibilidade do fato e, portanto, como ignorância da lei. Assim, é inescusável, salvo em casos excepcionais.

Quanto aos delitos omissivos impróprios, acolhe-se a postura de que se trata de erro de tipo, quando incidir sobre a posição de garantidor, que excluindo o dolo; já se o erro for sobre o dever de garantidor, é erro de proibição e exclui a culpabilidade se inevitável

Não há que se falar em erro de tipo e erro de proibição nas excusas absolutórias e condições objetivas de punibilidade; visto que são categorias alheias ao conceito de delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. v. 1. t. 1. 4. ed. 38. tir. São Paulo: Max Limonad, 1976.

BALARCE, Fabián I. *Derecho penal econômico: parte general*. Argentina: Editora Mediterránea, 2003.

BIERRENBACH, Sheila A. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal brasileiro*. 2. ed. rev. Atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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

_____. *Manual de direito penal: parte geral, volume 1*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral, tomo 2º: fato punível*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

CARVALHO, Érika Mendes de. Punibilidade e fins da pena. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, a. 02, p. 123-146, jul.-dez, 2005.

CAVALINI, José Valdecir. *Tutela penal das licitações e contratos administrativos*. fls. 162. Dissertação de Mestrado em Direito. Orientação Dr. Luiz Regis Prado. Universidade Estadual de Maringá, 2001.

CEREZO MIR, José. La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica. *Problemas fundamentales de derecho penal*. p. 39-59. Madrid: EditorialTecnos, 1982.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

COSTA JUNIOR, Paulo José. *Comentários ao Código penal*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito penal das licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas: comentários à nova lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FALCONI, Romeu. *Lineamentos de direito penal*. 3. ed. ver. ampl. Atual. São Paulo: Ícone, 2002.

FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro: comentado: decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940: parte geral*. v. II. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editora, 1961.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 12 ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GASPARINI, Diógenes. *Crimes na licitação*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora NDJ, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição: e a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação: estudo especial do art. 20§ 1º, do Código Penal*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Proteção jurídico-penal dos organismos geneticamente modificados na Lei de Biossegurança brasileira*. fls. 304. Dissertação de Mestrado em Direito. Orientação Luiz Regis Prado. Universidade Estadual Maringá, 2005.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal: volume I, tomo II: arts. 11 ao 27*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal: parte geral*. v. 1. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral: com observância à nova parte geral do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

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

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. II. Campinas: Bookseller, 1997.
FERRO, Ana Luiza Almeida. *Escusas absolutórias no direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MÉDICI, Sérgio de Oliveria. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. atual. Eurico de Andrade Azevedo; Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MUNHOZ NETO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal: volume 1: introdução e parte geral*. 24. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1986.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. *Tratamento jurídico-penal da saúde pública, especialmente em matéria de fraude alimentar*. fls. 228. Dissertação de mestrado em Direito. Orientação Luiz Regis Prado. Universidade Estadual de Maringá, 2005.

PINHEIRO, Gisele Glozer. Crimes tipificados na lei de licitações: breves comentários. *Boletim de licitações e contratos*, São Paulo: BCL, a. 10, n. 10, p. 492- 501, out. 1997.

PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, a. 89, v. 776, p. 440-452. jun. 2000.

_____. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Comentários ao código penal: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com vários ramos do direito*. 3. ed. reform. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. *O novo código penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

RESTUCCIA, Dardo Preza; ADRIASOLA, Gabriel; PABLO, Galain Palermo. *Delitos econômicos*. Uruguay-Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

_____. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

STOCO, Rui. *Leis especiais e sua interpretação jurisprudencial*. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coord.). 7. ed. rev. atual. ampl., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. a. 10 n. 37. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 73-97, jan.-mar. 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.